

DOCTRINA

A VISÃO HERMENÊUTICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PARA A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA NEUTRALIDADE DO INTÉRPRETE

Adrualdo de Lima Catão

Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE. Especialista em Direito Processual pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió, CESMAC. Professor da Faculdade Maurício de Nassau, FMN e da Faculdade Integrada do Recife, FIR. Assessor de Desembargador Federal do TRF da Quinta Região.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O modelo de interpretação que (de certa forma) ainda vigora na dogmática jurídica contemporânea 3. A visão do homem como ser histórico-temporal para uma concepção hermenêutica do conhecimento. 4. A noção de circularidade como fim da distinção metafísica entre conhecimento subjetivo e objetivo. 5. Linguagem como forma de vida do Dasein: uma concepção pragmática da linguagem. 6. A metafísica tentativa de reproduzir um “sentido em si” do texto: interpretação como atividade produtora de sentido. 7. A indeterminação de sentido dos textos jurídico-dogmáticos e a impossibilidade de encontrar a “única decisão correta”: por uma visão filosófico-hermenêutica da interpretação/decisão jurídica. 8. Conclusão.

1. Introdução

Trata o presente trabalho de apresentar a filosofia hermenêutica como uma forma mais coerente de se encarar a interpretação do direito, levando-se em consideração a indeterminação dos textos legais e, conseqüentemente, opondo-se à concepção tradicional da hermenêutica jurídica baseada na existência de um sentido “em si” do texto normativo, que deveria ser encontrado por meio de um método objetivo e neutro.

A visão do intérprete como sujeito criativo no ato de interpretação, em oposição à visão do aplicador do direito como mero reproduzidor de um sentido pré-existente é o que se pretende abordar neste trabalho. Diante da indeterminação dos textos normativos, é no momento histórico da aplicação que o sentido será dado ao texto pelo

intérprete, o que demonstra a necessidade de uma visão pragmática da interpretação do direito.

A postura da hermenêutica jurídica tradicional, de encarar os textos normativos como dotados de sentido próprio, esteja ele na “intenção do legislador” ou na “vontade da lei” é própria do pensamento liberal fruto da metafísica essencialista. É esta postura diante dos textos normativos que se tenta combater através de uma visão hermenêutico-filosófica. Com a visão do humano como ser histórico, inserido num mundo lingüístico e dotado de uma pré-compreensão, torna-se impossível pensar em conhecimento “objetivo” ou “neutro” em contraposição a “subjetivo”. Daí que o intérprete jamais estará livre de seus pré-conceitos e, portanto, qualquer interpretação será sempre circunstancial e nunca “objetiva”.

Portanto, a filosofia hermenêutica vem trazer um paradigma diferente daquele vigente ainda hoje no nosso país quanto à interpretação jurídica, qual seja, aquele segundo o qual ao intérprete não cabe encontrar “a única interpretação correta” diante de um caso concreto, mas sim a que, diante das circunstâncias, será considerada pelo intérprete como a mais adequada para aquela situação histórica. Assim é que os textos normativos não contém “em si” o sentido correto para sua aplicação. Esse sentido será dado pelo homem no ato interpretativo, o que demonstra que esses textos são indeterminados.

Deve-se, destacar, de antemão, que, a chamada “filosofia hermenêutica” envolve pensadores que, só muito grosseiramente, podem ser reunidos em um mesmo tipo ideal. Assim, colocar sob a mesma denominação pensadores como Gadamer e Heidegger ou até os neopragmatistas como Richard Rorty somente pode ser feito quanto a determinados e específicos pontos. É por isso que, neste trabalho, pretende-se apresentar questões fundamentais que, de alguma forma podem ser encontradas nesses pensadores, notadamente a noção do homem como ser histórico e a importância da pré-compreensão para a atividade hermenêutica.

2. O modelo de interpretação que (de certa forma) ainda vigora na dogmática jurídica contemporânea

A noção de interpretação tradicional se baseia em uma epistemologia baseada em evidências, que poderia construir um

conhecimento claro e objetivo, digno de um saber científico. Daí a preocupação com a pureza do saber e a necessidade de objetividade e neutralidade do sujeito observador diante do objeto observado. É a busca pela verdade e o desprezo pela verossimilhança como característica do pensamento racional moderno.¹

Esta separação entre sujeito e objeto torna o saber seguro e apto a encontrar a verdade científica. O método será capaz de propiciar distância entre o sujeito e o objeto, de forma que seus valores e sentimentos subjetivos não interfiram no processo de conhecimento, permitindo-se, desta forma, um conhecimento rigoroso o bastante para ser considerado científico, superando-se as barreiras existentes entre o sujeito e a realidade objetiva.²

O paradigma epistemológico racional, a busca pela essência, pelo ser em si das coisas do mundo, a separação entre sujeito e objeto e o dualismo verdadeiro-falso, características do pensamento essencialista, ainda têm bastante influência sobre a epistemologia jurídica, notadamente quanto ao papel do juiz o do processo judicial na interpretação dos textos normativos.

A marcante influência do racionalismo moderno no raciocínio jurídico pode ser demonstrada pela identificação do raciocínio jurídico com a lógica formal, atribuindo-se à norma geral a premissa maior e ao caso concreto a premissa menor, enquanto a sentença seria a conclusão necessária do silogismo.³ Este modelo de interpretação jurídica tinha como característica a pressuposição de univocidade dos textos normativos.⁴

¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 13.

² Ver RORTY, Richard. **Esperanza o Conocimiento?** Una introducción al pragmatismo. Buenos Aires: Fundo de Cultura Econômica, 2001, p. 46 e 47.

³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 2..

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 34; NEVES, Marcelo. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-22.

Sendo assim, a atividade levada a cabo pelos juizes nada mais seria do que algo mecânico, aproximado do cálculo, sem que se exigisse algo mais que uma operação mental de identificação do suporte fático abstrato da norma com o fato concreto ocorrido no mundo dos fatos para que a incidência fosse verificada e norma gerasse todos os seus efeitos, bem aos moldes da objetividade e isenção de valores requeridos pelo racionalismo.⁵

Trata-se da necessidade de se considerar o direito um sistema formalizado, donde a obrigação de decidir com base no ordenamento obriga o juiz a tratar o direito como completo, coerente e claro, ou seja, sem lacunas, antinomias, nem tampouco obscuridades ou ambigüidades.⁶

Desta forma satisfaziam-se as necessidades de segurança e limitação do poder dos juizes, tratando a atividade jurisdicional como algo mecanizado e sem criatividade, na qual o intérprete não leva em consideração valores ou outras questões subjetivas, nos moldes exigidos pelo racionalismo moderno ainda reinante.

Desde a Escola da Exegese até os dias atuais, a despeito do positivismo kelseniano, permanece no inconsciente dos juristas a concepção de que, dado um caso/conflito concreto, ter-se-ia uma “única interpretação correta”, cabendo à dogmática jurídica desenvolver os métodos próprios para se buscar, racionalmente, tal decisão. As teorias interpretativas buscam, ainda, “o sentido e alcance das expressões de direito”.⁷ Prova disso é a polêmica travada em meados do século XIX entre as teorias chamadas subjetivistas – que buscam o sentido da norma numa “vontade do legislador” na tentativa de aplicar a separação de poderes através do recurso ao legislador para a interpretação da norma – e as teorias objetivistas, que apontam para a busca de sentido objetivo contido no texto em si.⁸

⁵ Para a noção de “suporte fático abstrato” e “incidência” ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002, p. 12 e ss.

⁶ PERELMAN, Chaïm, 2000.

⁷ MAXIMINIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.1.

⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

No caso da *voluntas legislatoris*, a tentativa de se encontrar o “sentido em si” na intencionalidade produtora do texto, e, no caso da *voluntas legis*, a tentativa de encontrar o sentido no próprio texto, como se o texto “em si” tivesse algum sentido independente das necessidades e da história do homem.

Ambas as teorias, portanto, permanecem sob o paradigma de que a norma tem um sentido em si, e que o intérprete deveria buscar este sentido ou na vontade do legislador – caso das doutrinas subjetivistas – ou na própria norma – caso das doutrinas objetivistas. Neste sentido, continua-se a buscar algo metafísico, que diz respeito ao “significado da norma”, como sendo este o objeto da dogmática hermenêutica, que ainda vigora nos manuais de direito no Brasil.⁹

Essa tentativa metafísica de se buscar um “sentido em si” no texto normativo desconsidera o caráter humano da interpretação e, conforme se verá ao longo do trabalho, é objeto de crítica das concepções hermenêutico-filosóficas que postulam uma visão do conhecimento como atividade lingüística, voltada não para um ser em si, mas para os problemas e necessidades históricas do ser humano.

3. A visão do homem como ser histórico-temporal para uma concepção hermenêutica do conhecimento

Já em Kant se observa o rompimento com a concepção de sujeito desvinculado do objeto, quando apresenta o conhecimento limitado pelo próprio aparato cognoscitivo subjetivo.¹⁰ As formas *a priori* da sensibilidade (tempo e espaço) impedem o sujeito de apreender o mundo tal como ele “é”, fazendo do conhecimento algo relativo ao sujeito.

Eis as bases para a filosofia passar a considerar o conhecimento como algo relativo ao sujeito cognoscente, inserindo o sujeito no mundo e

⁹ Ver NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 305 e ss; DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 384 e ss; e GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 250 e ss.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30 e ss.

tomando o mundo como perspectiva do sujeito. É que em Kant ainda se tinha um sujeito universal, não um sujeito considerado como um ser específico, inserido em um contexto histórico, social, psicológico ou até mesmo biológico¹¹. Pensa-se, ainda, num mundo “em si”, que “existe”, mesmo sem poder ser conhecido. O paradigma epistemológico da filosofia hermenêutica insere o sujeito no mundo de forma que não só o sujeito constrói o mundo, mas, diante da sua inserção no próprio mundo, ele também é forjado pelo mundo.¹²

Dai a importância do conceito heideggeriano do Ser-aí¹³, que significa ser-no-mundo, não no sentido estar em contato com todas as coisas que constituem o mundo, mas sim de estar já familiarizado com uma totalidade de significados num contexto referencial. Assim é que as coisas só “são” na medida em que têm um sentido dentro de um determinado contexto que se apresenta ao Ser-aí. Estando familiarizado já com o mundo previamente, o ser-aí é forjado dentro desta pré-compreensão, sendo que “qualquer ato de conhecimento nada mais é que uma articulação, uma interpretação dessa familiaridade preliminar com o mundo”.¹⁴

O mundo com o qual o Ser-aí está já familiarizado é dado numa relação com sua finitude, na qual o Ser-aí está sempre em um projeto histórico-cultural ligado à sua mortalidade. “Tudo isso significa que o Ser-aí só se funda como uma totalidade hermenêutica na medida em que vive continuamente a possibilidade de não existir mais”.¹⁵

¹¹ MATURANA, Humberto. *Ontologia da Realidade*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 120 e ss.

¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 89.

¹³ *Dasein* é traduzido para o português também como “pre-sença”. Ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2002 e HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. 2000. Ver também STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 186. Em Manfredo Oliveira tem-se a tradução por *cis-aí-ser*.

¹⁴ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

¹⁵ VATTIMO, Gianni. *Idem*, p. 113.

Esta possibilidade de não mais existir é a forma da temporalidade do homem que só se revela no seu direcionamento para a morte. É o homem como ser finito, o que o insere numa perspectiva finita, histórica, portanto, não-absoluta. Assim é que o sentido do ser emerge na temporalidade, já que o fim do ser-no-mundo é a morte e, diante disso, “este fim limita e determina a totalidade cada vez possível da pré-sença”.¹⁶ O sentido do próprio ser-no-mundo é determinado pela inserção deste num projeto tendente a um fim específico, a morte.

O homem, pois, constitui-se como ser-no-mundo, e “só há mundo e só há verdade porque o homem é *Dasein*”¹⁷, ou seja, o Ser-aí, a Pré-sença. É o homem o revelador do ser, pois o ser só é enquanto compreendido pelo Ser-aí. O homem compreende o ser na “existência” histórica como ser-no-mundo:

A ex-sistência do homem é, enquanto ex-sistência historial, mas não é em primeiro lugar e apenas pelo facto de, no decurso do tempo, muitas coisas acontecerem com o homem e as coisas humanas. Pelo facto de se tratar de pensar a ex-sistência do ser-aí, por isso o pensar, em *Ser e Tempo* está tão fundamente interessado em que seja experimentada a historicidade do ser-aí.¹⁸

A ex-sistência do homem é, pois, histórica. Daí é que se abandona a busca pelo “fundamento” do ser em-si, já que “qualquer relação de fundação se dá já sempre no interior de uma época do ser”¹⁹, a temporalidade do homem, que impede uma visão totalitária e absoluta das coisas e do próprio homem.

Gadamer desenvolve sua hermenêutica filosófica para contrapor uma verdade científica e demonstrável por um inquérito objetivo e neutro a uma noção de verdade como experiência

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, p. 12.

¹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 209.

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. 1987, p. 59.

¹⁹ VATTIMO, Gianni. 2002, p. 115.

hermenêutica do Ser-aí. Com base na noção de ser histórico e inserido na tradição, Gadamer apresenta uma hermenêutica filosófica, em contraposição a uma hermenêutica normativa, apresentando a noção heideggeriana de ser-no-mundo como homem inserido num contexto histórico e de tradição.²⁰

A compreensão é tematizada como constitutivo fundamental do homem como ser histórico. Só se pode falar em hermenêutica na medida em que o homem é hermenêutico e, portanto, finito, histórico, marcando-se, inexoravelmente a sua experiência de mundo.²¹ O questionamento de Gadamer se refere à possibilidade de compreender diante da historicidade do homem. A visão do homem como um ser isolado e separado do mundo é contraposta a um ser-no-mundo:

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento.²²

É nesse sentido que a tradição condiciona a compreensão como estrutura prévia que forja o ser-no-mundo da qual essa não pode “racionalmente” se livrar. A história é condição prévia para o ser-no-mundo.²³ Tentar ver o Ser-aí como ser absoluto, longe do mundo é ver no homem um aspecto divino.

O Ser-aí, pois, só “é” num contexto histórico. Só “é” diante do que lhe é dado em sua finitude, em sua temporalidade. À hermenêutica filosófica cabe a busca do sentido a partir do ser-no-mundo, como ser engajado numa práxis determinada. O ser é, pois, aquele que vem ao encontro do homem, é dado ao homem, cada vez de forma diferente. “É o dar-se (*Geschick*) do próprio ser que nos permite, no seio de nossa epocalidade, captar sua parcialidade e perceber o advento histórico de uma experiência nova”.²⁴

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 354.

²¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 1996, p. 209.

²² GADAMER, Hans-Georg. Idem, p. 372.

²³ STRECK, Lenio Luiz. 2000, p. 202.

²⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Idem, p. 216.

Antes de ser considerada uma limitação para a atividade de compreender, a historicidade do ser-aí é constituinte da compreensão. São os pré-conceitos que forjam o homem na história que tornam possível a compreensão. Diante disso, o homem compreende a partir das expectativas de sentido que se dirigem e provêm da tradição específica do homem. Tradição essa que não está à disposição do homem, mas, ao contrário, o homem se sujeita a ela. Assim: “Não se trata mais de uma subjetividade pura, isolada do mundo e da história, mas de uma subjetividade que se constitui enquanto tal condicionada e marcada por seu mundo, que, por sua vez, é historicamente mediado e lingüisticamente interpretado”.²⁵

4. A noção de circularidade como fim da distinção metafísica entre conhecimento subjetivo e objetivo

A tradição condiciona a compreensão e, isso “nos leva a indagar se na hermenêutica das ciências do espírito não devemos restabelecer de modo fundamental o elemento da tradição”.²⁶ A investigação operada nas ciências do espírito não pode prescindir da caracterização do homem como ser histórico. Mesmo quando se pensa estar fazendo uma investigação “neutra” ou “objetiva”, deve-se levar em consideração que até na escolha do tema da investigação, na pergunta feita pelo investigador e na forma de apresentar os problemas. Destarte, ao invés de fugir da tradição, propõe-se reconhecê-la e encontrar sua produtividade hermenêutica.

É justamente por isso que a busca pela verdade livre de “subjetividades” é algo impossível de se realizar. Inserido que se encontra o homem num contexto, está sua compreensão orientada para sua historicidade, para os seus interesses, que formam o ser-no-mundo. Daí se falar em circularidade da compreensão.

Essa circularidade deriva, justamente da temporalidade do ser-aí. A forma que o círculo hermenêutico é apresentado não indica uma normatividade, mas a condição em que efetivamente o homem

²⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 1996, p. 228.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 374-375. Destaque-se que Gadamer também considera a importância da tradição nas ciências da natureza (p. 376).

compreende. Não se trata de visualizar a noção da pré-compreensão como algo mal, ou a ser evitado.²⁷ Trata-se a tentativa de ultrapassar a metafísica a partir da constatação de uma situação prévia e que se encontra o homem e da qual ele não pode se livrar. Assim, “É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”.²⁸ A tentativa de escapar dos preconceitos é a tentativa de se desumanizar.

Ressalte-se que, aqui, “preconceito” não significa aquilo que o senso comum considera como um juízo falso sobre alguma coisa que não se conhece bem, e sim o conjunto de juízos prévios à compreensão que o homem como ser-no-mundo adquire pela sua situação hermenêutica (histórica e finita). Dessa forma, o processo de compreensão já vem norteado por “uma expectativa de sentido procedente do contexto do que lhe procedia”²⁹ o que demonstra que os preconceitos não estão à disposição do homem e, portanto, não há como se colocar diante do mundo e fora dele ao mesmo tempo.

Não há como fugir da circularidade da compreensão. Ao compreender, o homem como ser-no-mundo está forjado pelos preconceitos e, a cada compreensão, está-se construindo o ser humano como ser-aí. Cada nova compreensão – que já está influenciada pela pré-compreensão – forma o ser-no-mundo e, como tal, influenciará em uma nova compreensão e, assim, por diante. Trata-se de uma relação circular da qual o homem não pode escapar.

Em Heidegger tem-se a explicitação dessa noção que decorre do conceito de ser-no-mundo: “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”.³⁰ É nessa perspectiva que se afirma que a busca pela representação exata da natureza pelo conhecimento ou pela linguagem, como a busca pelo sentido em si de

²⁷ HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 210.

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 360.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. Idem, p. 385.

³⁰ HEIDEGGER, Martin. Idem, p. 207.

um texto está fadada ao fracasso diante da impossibilidade de se evitar o círculo hermenêutico.³¹

A noção do círculo hermenêutico torna sem sentido o problema metafísico da distinção entre correspondência com a realidade e mera opinião. Esta distinção se refere à afirmação de que o conhecimento objetivo é capaz de encontrar a verdade, enquanto os aspectos subjetivos dizem respeito a questões de mero gosto ou opinião.

Como se pode falar em subjetivismo e objetivismo, a não ser tentando realizar a empresa metafísica de contrapor uma descrição que seja a representação exata da realidade e uma que decorra de meros aspectos emocionais? Não faz sentido falar em conhecimento objetivo em contraposição a conhecimento subjetivo se estiver partindo de uma concepção metafísica essencialista, que corresponde à noção de que, ao compreender, não deve o homem misturar o que está “dentro” de si com o que está “fora”, ou seja, no mundo.³²

Diante da noção de homem como ser-no-mundo e da impossibilidade de se fugir do círculo hermenêutico, tem-se que a compreensão não possibilita um encontro objetivo com a representação exata da natureza, nem tampouco com determinação objetiva do verdadeiro sentido para um texto. Tampouco questões valorativas ou éticas são meras opiniões e, portanto, descrições subjetivas.

O círculo hermenêutico indica que o homem é forjado pelo mundo e, portanto, é ser-no-mundo, enquanto o mundo só é mundo como dado ao homem na sua mundanidade. Não faz sentido, pois, falar-se em mundo independente, ou “ao lado”³³ do homem com sua história e suas necessidades.

Como se verá nesse trabalho, a noção do círculo hermenêutico será decisiva na análise da hermenêutica jurídica,

³¹ RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 250.

³² RORTY, Richard. 1988, p. 266.

³³ “Não há nenhuma espécie de justaposição entre um ente chamado ‘presença’ a um outro ente chamado ‘mundo’”. HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 93.

notadamente quanto à idéia ainda vigente entre os juristas de a decisão correta de um caso está previamente estabelecida nos textos legislativos, cabendo ao intérprete encontrá-la numa atividade neutra e objetiva.

5. Linguagem como forma de vida do *Dasein*: uma concepção pragmática da linguagem

Toda a noção do círculo hermenêutico e do ser-no-mundo se referem a um mundo constituído lingüisticamente e no qual a linguagem não é um instrumento para a mera representação das coisas em si mesmas. Vê-se, pois a linguagem como ambiente próprio para o conhecimento e para ação.

No primeiro “giro lingüístico”, com os positivistas lógicos do Círculo de Viena³⁴, tinha-se a idéia de que a linguagem deve servir de instância mediadora entre o homem e o mundo de forma que os problemas filosóficos deveriam ser resolvidos por uma linguagem perfeita, uma linguagem ideal.

Trata-se da tentativa de se encontrar um caráter designativo da linguagem, onde se tem “a teoria da afiguração como correspondência estrutural entre frase e estado de coisas, respectivamente, fatos, elaborada no *Tractatus*. A frase representa, por semelhança estrutural, o estado de coisas por ela referido”.³⁵ Vê-se que a teoria exposta no primeiro Wittgenstein (*Tractatus*) é uma espécie de reformulação da semelhança metafísica entre linguagem e mundo já presente na filosofia clássica.

Se a linguagem pode representar o mundo, a idéia é estruturar uma linguagem capaz de encontrar a essência desse mundo,

³⁴ “Reconhece-se, geralmente, como fundador do positivismo lógico um grupo que surgiu na década de 20 deste século, conhecido sob a denominação de Círculo de Viena. Schlick, e Carnap podem ser indicados como seus membros mais destacados. Nagel, Moris, Quine, Fèigl, entre outros, também participaram; tendo Peirce, Frege e Wittgenstein (*Tractatus*) como precursores necessários”. WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. C/colab. Leonel Serevo Rocha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 37.

³⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 1996, p. 121.

reproduzir sua estrutura ontológica. Daí o ideal de uma linguagem perfeita, em oposição à linguagem natural, cheia de imperfeições.

A *viragem pragmática* veio com o próprio Wittgenstein ao rever sua postura filosófica em relação à linguagem, trazendo a noção de que a linguagem não é instrumento representativo do mundo. Isso passa pela consideração antiessencialista de que não há um mundo com essências a serem descobertas pelo homem que deve percebê-las e, depois, utilizar-se da linguagem para sua transmissão.

O argumento antiessencialista consiste em afirmar que não há conhecimento direto da coisa, mas o conhecimento é dado na forma-de-conhecer do homem, que é sempre lingüística e relacional. Assim, dado que tudo o que as descrições podem fazer é relacionar os objetos entre si, toda oração atribuirá uma característica relacional, e nunca essencial.³⁶ O conhecer é lingüístico e o homem assim o é porque relaciona as coisas por meio de descrições. Não há um conhecimento direto das coisas, independentemente do nosso modo de ser.

Só há o mundo na linguagem, só há coisas como interpretadas pelo ser-aí. Não há um mundo em si, independente da linguagem. O existir das coisas é sempre um “ser descrito” pelo homem como forma de resolver suas necessidades.³⁷ As coisas se manifestam em seu ser na linguagem que é o modo-de-ser do ser-aí. Portanto, pode-se afirmar que “não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo e coisas) se foram interpretados (como tais)”.³⁸

Assim a linguagem tem como fundamento existencial o discurso. Nesse sentido: “*Do ponto de vista existencial, o discurso é igualmente originário à disposição e à compreensão. A compreensibilidade já está sempre articulada, antes mesmo de qualquer interpretação apropriadora.*”³⁹ A linguagem está, pois, na constituição existencial de abertura do ser-aí. Destarte, o discurso é linguagem na medida em que é o modo de ser-lançado-no-mundo do ser-aí, cuja abertura para o mundo é articulada em significações.

³⁶ RORTY, Richard. 2001, p. 55.

³⁷ RORTY, Richard. Idem, p. 45.

³⁸ STRECK, Lênio Luiz. 2000, p. 194.

³⁹ HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 219.

Como ser-no-mundo, o homem possui linguagem, revelando-se como um ente que é na linguagem. Isso não quer dizer que a possibilidade de articulação sonora seja própria do ser humano, mas sim que o homem se realiza no modo de descoberta do mundo e do próprio ser-aí. Heidegger, pois, apresenta em *Ser e Tempo*, o lugar ontológico do fenômeno da linguagem dentro da constituição ontológica do ser-aí.⁴⁰

É, pois, pela linguagem, que o homem (histórico-temporal-finito) vem ao ser. O evento do ser é lingüístico, pois o homem é ser-no-mundo e a compreensão do mundo é sempre lingüisticamente mediada. A linguagem é o acontecimento único em que o mundo se abre para o ser-aí.⁴¹ Diz-se, dessa forma, que, no pensar, o homem tem acesso à linguagem, pois “A linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas dessa habitação”.⁴²

Em Gadamer, tem-se a consideração de que não existe um mundo humano sem linguagem, mas que o próprio mundo depende da linguagem para se constituir enquanto mundo para o ser-aí. O mundo, nesse sentido, só é mundo porque o homem tem linguagem e o percebe como tal. “Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas este estar-aí do mundo é constituído pela linguagem”.⁴³

Assim, não se deve pensar numa linguagem representativa de uma realidade. A linguagem é inerente ao pensar de forma que não passa de uma abstração tentar visualizar um esquema de verdades prévio a que os textos têm que significar. Essa tentativa pode se dar de duas formas: ou se pensando como uma divindade capaz de encontrar o ser em-si ou diabolicamente, como tentativa de impor o que seria o ser em-si do com base na sua concepção de mundo. Isso porque não há lugar (humano) fora da humanidade, de onde seja possível visualizar a linguagem de cima para baixo.⁴⁴

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 220-226.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 1996, p. 213-216.

⁴² HEIDEGGER, Martin. 1987, p. 31.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 571.

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. Idem, p. 578 e 584.

Não existe, pois, um mundo fora da linguagem, e o ser só se apresenta como ser na linguagem, não havendo sentido em se falar num ser em-si independente do homem. A linguagem é, pois, condição de possibilidade para o ser, e não uma forma de representação de algo independente do homem.

6. A metafísica tentativa de reproduzir um “sentido em si” do texto: interpretação como atividade produtora de sentido

A concepção tradicional da linguagem, como visto, estava ligada à possibilidade de se encontrar na mesma um sentido em si de correspondência com a realidade. A linguagem encarada numa postura antropológica clássica de distinção entre homens e animais. Assim, o que transforma o mero ruído produzido pelo homem em linguagem humana é o pensamento que está “por trás” do texto.

O pensamento que está “na mente” é o que dá o sentido ao texto. A idéia de que há uma intencionalidade por trás do texto e que é nela que se pode encontrar a significação. Este ato espiritual é tido como ato não lingüístico que é representado pela linguagem. O objetivo do compreender está, justamente em captar esse sentido produzido pela intencionalidade.⁴⁵

Abstrai-se, dessa forma, a sociabilidade da linguagem, já que, em sendo um ato privado, a intencionalidade confere um sentido independentemente do contexto social que o texto é interpretado. Assim é que Wittgenstein vai se opor a essa concepção ao se manifestar contra o dualismo corpo-espírito, situando a atividade interpretativa na comunidade humana em constante interação lingüística.⁴⁶

O sentido, portanto, não pode ser encontrado em uma intencionalidade “interna”, já que, se é que exista tal esfera interna, mental, ela é inacessível pelo homem. O sentido, pois, somente pode ser esclarecido no exame do contexto em que se encontram os textos, sendo, na verdade, o seu uso, objeto de investigação.⁴⁷

⁴⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 1996, p. 123.

⁴⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Idem, p. 126.

⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 432.

Deixa-se de lado a idéia de que há uma realidade física (texto) que tem sentido dado por uma intencionalidade (interna) que a precede. A questão é que essa intencionalidade é inacessível e, portanto, não pode ser considerada a instância que confere sentido aos textos. A questão não é se ela existe ou não⁴⁸, mas que, em sendo inacessível, como encontrar o sentido nela?

A problemática aplicada ao direito demonstra a inviabilidade de se buscar o sentido do texto normativo na “vontade do legislador”, agravando-se com relação a outros aspectos do conhecimento, diante da peculiaridade da produção dos textos jurídicos que se dá numa múltipla intencionalidade no caso do Estado moderno.

Assim, somente seu uso, num contexto social, histórico, temporal, finito é que dá o sentido ao texto. Destaque-se que, mesmo existindo, o texto se torna livre do seu autor na medida em que é produzido, e a interpretação não é uma reconstrução de uma intenção de sentido originária.⁴⁹ O texto passa a ser usado num contexto social-histórico onde lhe será dado o sentido.

O texto, no seu uso social, não tem um significado prévio, nem na intencionalidade que o produziu, nem no texto em si. Tentar encontrar o significado em-si do texto é cair na mesma armadilha metafísica que a busca pelo sentido na intencionalidade. Em direito, seria a tentativa de se buscar na *mens legis* o significado único do texto normativo.

Ocorre que o texto não é algo que contém uma essência a ser descoberta. O significado de um texto não é encontrado, é dado. “Uma interpretação correta ‘em si’ seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence”.⁵⁰ Isso não implica uma falta de rigor na interpretação, mas, trata-se de se

⁴⁸ “A menos que desejemos ressuscitar a utilização seicentista, algo desastrosa e inconsciente, da noção aristotélica de ‘substância’ não devemos atribuir sentido à noção de dois domínios ontológicos – o mental e o físico”. RORTY, Richard. 1988, p. 103.

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 610.

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. Idem, p. 514.

explicitar o caráter histórico do homem que, ao interpretar, cria, e não reproduz um sentido já existente.

Encarar-se o texto como tendo um sentido em-si é o que possibilita uma hermenêutica normativa, no sentido de método para busca da verdade na interpretação, o que contraria a noção de Gadamer, segundo o qual “não é ele [intérprete] que, como conhecedor, busca seu objeto e extrai com meios metodológicos o que realmente se quis dizer e tal como realmente era, mesmo que levemente impedido e obscurecido pelos próprios preconceitos”.⁵¹ Na interpretação entra em cena o conteúdo da tradição que se desenvolve em possibilidades de sentido diante de cada novo receptor.

O sentido do texto não é propriedade do autor nem tampouco do texto, mas sim do intérprete considerado num contexto social e, portanto, intersubjetivo. Isso demonstra que a interpretação não é mera reprodução já que não há algo a ser reproduzido como um sentido em si. Impossível a reprodução de sentido já que o texto é indeterminado e, portanto, “aparece como um ponto de referencia fixo frente à problematicidade, arbitrariedade ou, no mínimo a pluralidade de possibilidades interpretativas que apontam para o texto”.⁵²

Dessa forma, a consideração de que o texto normativo pode ter um sentido determinado previamente ao momento interpretativo não passa de uma tentativa de imposição de um dado sentido, que vai de encontro à natureza hermenêutica do conhecimento e da interpretação e desconsidera a circularidade da compreensão já apresentadas nesse trabalho. À tentativa de se encontrar o sentido único do texto, Heidegger ressalta que “aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete”.⁵³

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 595.

⁵² GADAMER, Hans-Georg. Idem, p. 392.

⁵³ HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 207.

7. A indeterminação de sentido dos textos jurídico-dogmáticos e a impossibilidade de encontrar a “única decisão correta”: por uma visão filosófico-hermenêutica da interpretação/decisão jurídica

Levando-se em conta a mudança de paradigma ocorrida com a superação da metafísica a partir da filosofia hermenêutica⁵⁴, suas implicações na análise do direito são essenciais à compreensão de como se dá a interpretação jurídica, e de como o sujeito interpretante decide.

A decisão do juiz – que é o tipo de discurso que se quer analisar no contexto deste trabalho – tendo em vista a noção de circularidade da compreensão – é uma interpretação da linguagem dos fatos e dos textos normativos que se lhe apresentam num determinado contexto social e político.

Este ato de interpretação é, destarte, um ato criativo, tendo em vista que o juiz, como sujeito cognoscente, não está buscando um sentido pré-existente à sua interpretação, mas, ao contrário, ele, com o ato interpretativo, confere um sentido ao texto e aos fatos, diante da situação fática que se lhe apresenta, casuística e irrepetível⁵⁵.

Assim é que a filosofia hermenêutica trazida para a análise da hermenêutica jurídica modifica radicalmente o modelo de interpretação apresentado pelos juristas brasileiros no sentido de encontrar “o sentido correto” para os textos normativos e demonstrando que os métodos de interpretação apresentados pela hermenêutica clássica são nada mais que formas de legitimar uma decisão criativa, negando, pois, a idéia do sentido em si do texto normativo, diante da criatividade do sujeito interpretante. Tentar encontrar um sentido em si – seja na intencionalidade do legislador, seja no texto considerado como possuidor de um sentido próprio – é cair numa empresa metafísica de se buscar o significado fora de um contexto lingüístico.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. 2000, p. 186. e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. 2001, p. 13.

⁵⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 279.

Assim, o texto normativo nada mais é do que o signo⁵⁶, ao qual o intérprete conferirá um sentido no ato gnosiológico. Serve tão somente como ponto de partida na argumentação, ou somente como elemento dogmático para a fundamentação de decisões que sequer levam os textos em consideração.⁵⁷

Desta forma, resta bastante claro que o juiz cria direito diante do caso concreto, chegando-se a haver, no direito brasileiro, hipóteses em que o juiz cria norma gerais diante de casos particulares como é exemplo o poder normativo da Justiça do Trabalho ao dirimir dissídios coletivos, bem como na hipótese de ação civil pública na qual a decisão do juiz vale *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.⁵⁸

A noção de decisão criativa acirra as discussões sobre a influência política e de outras esferas na decisão judicial. A discussão sobre a politização do jurídico e a pós-moderna inter-relação entre o jurídico e o político se refere à possibilidade ou não de decisões arbitrárias por parte de juízes, passando também pelo problema de legitimidade democrática do Judiciário para decisões livres e influenciadas por fatores políticos, gerando a controvérsia sobre qual dos poderes estatais detém a função central no Estado Democrático de Direito.

O que ocorre é que a questão, muitas vezes, é suscitada como se a arbitrariedade ou influência política ou de qualquer outro subsistema na aplicação do direito fosse contornável ou simplesmente neutralizável. Analisando-se a questão com base na filosofia hermenêutica observar-se-á que o intérprete, como sujeito criativo,

⁵⁶ IVO, Gabriel. A Incidência da Norma Jurídica: o cerco da linguagem. *RTDC*, v. 4, 2000, p. 30.

⁵⁷ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, n. 7. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996, p. 80-93. Interessante verificar postura crítica à indeterminação de sentido do texto normativo: SALDANHA, Nelson. Racionalismo Jurídico, Crise do Legalismo e Problemática da Norma. **Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito**, n. 10. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2000, p. 203-216.

⁵⁸ ADEODATO, João Maurício. Saraiva, 2002, p. 258.

será sempre influenciado por fatores sociais, políticos e de outras esferas no momento de sua decisão.

Se no Século XIX esta influência parecia inexistir, diante da neutralização da jurisdição, não era porque o juiz aplicava o direito como um autômato, mas sim, porque havia uma sociedade bem mais homogênea do que a sociedade dita pós-moderna. O positivismo tradicional refletia uma sociedade mais simplificada, mostrando-se insuficiente a explicar o direito contemporâneo.⁵⁹

Não há uma modificação na postura do sujeito interpretante, que, somente agora veio a perceber o seu poder criativo. Na verdade, com a complexidade social cada vez maior, o sujeito se defronta com situações complexas e inusitadas, que não podem ser tratadas de forma homogênea, necessitando de soluções casuísticas. Daí a proliferação de textos dogmáticos abstratos, como os princípios e conceitos jurídicos indeterminados, permitindo o controle social em uma sociedade complexa.⁶⁰

A filosofia hermenêutica fornece as bases para o entendimento de que a influência política ou de qualquer outra esfera social na dogmática jurídica não pode ser simplesmente eliminada, já que, como visto, a circularidade hermenêutica não é normativa, nem pode ser considerada como uma imperfeição, mas sim como condição mesma de possibilidade para a compreensão.⁶¹

Daí não caber falar em decisão jurídica como ato de vontade ou ato de conhecimento.⁶² Nesse sentido a questão de que a textura aberta dos textos normativos proporcionaria uma arbitrariedade na decisão é superada diante da constatação hermenêutica de que toda interpretação tem algo de criativo, sendo atividade não-reprodutiva,

⁵⁹ ADEODATO, João Maurício. 2002, p. 203.

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. Idem, p. 280.

⁶¹ HEIDEGGER, Martin. 2000, p. 210.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392 e ss.

sempre relativa ao sujeito interpretante, a sua história e suas necessidades e experiências.⁶³

O sentido do texto será dado por um ato interpretativo tomado não de forma neutra ou objetiva, mas sim de forma condicionada, como toda compreensão. Destarte, “quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado”.⁶⁴ Trata-se de um projetar no qual o sentido se manifesta para o Ser-aí. Esse projetar é baseado nos pré-conceitos, encontrados no contexto histórico no qual o intérprete vive, e com os quais se tem de lidar no ato de interpretação.

Nesse contexto é de se destacar a teorização feita por Dworkin quanto ao direito como um sistema de regras e princípios, justificando, assim, que o ordenamento seria completo, no sentido de que não sobraria espaço para qualquer julgamento arbitrário por parte do juiz diante da amplitude semântica dos princípios jurídicos, podendo-se, mesmo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), chegar-se a uma “única decisão correta”.⁶⁵

É a teoria do juiz Hércules, que trabalha com a figura de um juiz perfeito, dotado de atributos sobre-humanos, que teria a capacidade de encarar um *hard case* e encontrar a solução adequada, diante dos princípios presentes no sistema jurídico. Ele teria a capacidade ideal de conhecer todos os princípios do sistema jurídico, sendo capaz de encontrar, em cada caso, a melhor solução de acordo com o ordenamento de direito vigente.⁶⁶

⁶³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 38.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. 2002, p. 354.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Havard University Press, 2001, p. 81 e ss; e *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 378 e ss; além de HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997, p. 259.

⁶⁶ “O ‘juiz Hércules’ dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo ele tem uma visão sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”. Em HABERMAS, Jürgen. 1997, p. 263.

Todavia, somente através de uma figura de juiz ideal (Hércules) consegue-se alcançar esse desiderato de uma decisão objetiva e neutra, estando, portanto, fora de qualquer perspectiva humana, posto que o juiz está muito aquém da figura de um Hércules, que tem capacidades sobre-humanas.⁶⁷

O juiz Hércules é um Deus e, portanto, vê o sistema jurídico e o caso concreto numa perspectiva divina, ou seja, fora do círculo hermenêutico e da linguagem. Somente pensando-se na figura de um Deus é que se pode visualizar a possibilidade da única decisão correta a ser encontrada no sistema de princípios e na moralidade. O juiz Hércules confirma a impossibilidade humana de se encontrar uma tal “única decisão correta”.

Assim sendo, uma visão filosófico-hermenêutica da interpretação jurídica possibilita a explicitação da natureza criativa da decisão judicial, rompendo com a noção de neutralidade do juiz como paradigma de sua legitimação. A tentativa de se ocultar o círculo hermenêutico, apelando-se para a figura de um juiz sobre-humano somente agrava o problema de legitimação, bem como causa uma alienação por parte dos operadores jurídicos, dificultando o controle da atividade judicial – que, em sendo neutra e reprodutiva, não comporta responsabilidade.

Resta, pois, encontrar formas de limitação contextual da liberdade interpretativa. Se esta liberdade é decorrente da interpretação e se manifesta cada vez mais diante de uma sociedade sem consensos claramente determinados, necessária a explicitação dessa liberdade para um efetivo controle das instâncias jurisdicionais, antes de se tentar ocultar o círculo hermenêutico.

8. Conclusão

Alguns pontos importantes podem ser retirados da avaliação feita nesse trabalho sobre a interpretação como atividade criativa e que serão dispostos nessa conclusão:

8.1. O modelo de interpretação jurídica ainda vigente no imaginário dos juristas contemporâneos no Brasil é o modelo

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. Idem, p. 263.

subsuntivo, que se baseia na univocidade dos textos normativos, os quais contêm previamente o sentido a ser encontrado metodologicamente e de forma neutra pelo intérprete.

8.2. Em contraposição à essa visão apresenta-se a noção de homem como ser-no-mundo, histórico e temporal. Trata-se do homem como ser-aí, constituído pela sua história e tradição. Nesse sentido, o homem só é historicamente considerado, sendo descabido pensar-se no humano fora de uma situação histórico-hermenêutica.

8.3. Como ser-no-mundo, o homem compreende numa circularidade. Ao tempo em que conhece, forja seu ser e, na continuidade da compreensão, sua pré-compreensão influencia sua perspectiva, dando-se ao compreender um caráter circular. Considerando-se o círculo hermenêutico, não há que se falar em conhecimento objetivo, livre da pré-compreensão, configurando-se como inviável a distinção subjetivo-objetivo.

8.4. A noção da linguagem como modo-de-ser do homem é decisiva para a consideração hermenêutica da compreensão, no sentido de que é somente na linguagem que o ser se desvela ao homem e, portanto, não existe mundo independente da linguagem. Assim, a linguagem não pode ser considerada simplesmente como instância de representação de uma realidade “em si”.

8.5. A compreensão, portanto, dá-se numa situação lingüística de uso do texto, donde não se poder falar num sentido em si a ser buscado pelo intérprete, seja na intencionalidade, seja no próprio texto. Daí a visão pragmática da interpretação como criadora de sentido num contexto social, histórico, finito.

8.6. Aplicadas à interpretação jurídica as noções acima apresentadas se demonstram eficientes na concepção de que o texto normativo não contém, em si mesmo, nenhum sentido e que, portanto, não há que se falar em uma “única decisão correta”. Assim a visão hermenêutico-filosófica da interpretação/decisão do direito explicita o caráter produtivo das decisões judiciais, desafiando o mito da neutralidade do decisor, e contrariando o paradigma interpretativo subsuntivo ainda vigente no imaginário dos juristas contemporâneos.

LIBERDADE DE INICIATIVA E DIREITO AO MEIO AMBIENTE: UMA HIPÓTESE DE LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL IMANENTE

Clarissa Marques da Cunha

Mestre em Direito Público pela UFPE, Professora de Direito Constitucional da FIR e de Direito Ambiental da ASCES.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Liberdade de iniciativa e a postura intangível das liberdades. 3. O dever de solidariedade ambiental. 4. A necessária percepção das fronteiras. 5. Conclusão

1. Introdução

A liberdade de empreender livremente sem sofrer interferências por parte do Estado, exercendo, assim, a autonomia da vontade, constitui um direito fundamental, tendo em vista a identificação deste direito com os ideais liberais que terminaram por consagrar os primeiros direitos fundamentais. Tal fato impôs ao Estado uma postura de abstenção, em nome do respeito à liberdade de uma forma geral.

O referido direito representa uma das faces da liberdade, mais especificamente por buscar crescimento e expansão de forma livre, sem que ocorram ingerências estatais. Sendo assim, a Constituição Federal o previu sob a denominação de liberdade de iniciativa, consagrando o ideal de desenvolvimento econômico e elegendo-o como fundamento da Ordem Econômica, retratando, dessa forma, a adoção do direito fundamental à livre iniciativa.

Segundo esse entendimento de que a livre iniciativa não permite interferências, este direito vem sendo exercido sem que haja uma preocupação de limitação, ou até mesmo de uma possível reestruturação de seu âmbito de proteção. Entretanto, o direito fundamental à livre iniciativa não comporta mais uma análise apenas no que diz respeito à liberdade deste direito, mas impõe a necessidade da observação de seus limites, no intuito de promover uma harmonia constitucional. Ou seja, a proposta liberal em torno da liberdade não

condiz com as propostas de um Estado Social e Democrático de Direito, no qual o exercício de uma simples liberdade exige um comprometimento para com os outros direitos.

Essa abertura conceitual em torno da liberdade parece, expressamente, ter sido adotada pela Constituição de 1988, na medida em que a liberdade de iniciativa é fundamento da Ordem Econômica, desde que respeitados alguns princípios. Sendo assim, a Constituição brasileira demonstra uma preocupação em impor certos limites ao exercício da referida liberdade, evitando, dessa forma, que outros direitos ou valores sofram as consequências de uma postura absoluta e ilimitada.

Nesse sentido, a proposta é analisar as possíveis limitações ao exercício do direito fundamental à liberdade de iniciativa, especialmente no que tange a sua relação com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no intuito de provocar uma atitude hermenêutica voltada para a harmonia constitucional, por meio de uma postura de diálogo entre direitos.

A preocupação em provocar um diálogo entre direitos fundamentais justifica-se, na medida em que cada vez mais os direitos vêm sendo interpretados como pólos em uma situação de oposição, o que seria solucionado por meio de uma decisão ponderada. Entretanto, esta estratégia de oposição inviabiliza o diálogo, tendo em vista que, na maioria das vezes, a ponderação reflete a opção por um dos pólos, ou seja, provoca a escolha de um vitorioso e a derrota do não escolhido, afastando a comunicação entre os direitos.

Todavia, a relação entre direitos fundamentais nem sempre ocorre por meio de oposição, mas sim por meio de limitações que permitem um diálogo entre esses direitos, na medida em que estabelecem elos, e não sua separação em razão da escolha de um deles. Sendo assim, propor um diálogo entre direitos fundamentais é permitir seu convívio, mesmo que para isso certas limitações sejam necessárias.

2. Liberdade de iniciativa e a postura intangível das liberdades

O reconhecimento do direito à liberdade de iniciativa como direito fundamental, requer a análise das chamadas “dimensões de direitos fundamentais”, mais especificamente da primeira dessas

dimensões, no intuito de identificá-la com os direitos de oposição¹, característica marcante deste primeiro momento, cujos pilares foram: o direito à vida, à liberdade², à propriedade e à igualdade perante a lei.³

Entretanto, a primeira observação a ser feita é a utilização do termo *dimensão* de direitos fundamentais em detrimento do termo *geração*, tendo em vista que a idéia não é a de substituição de direitos, o que sugere esta última terminologia, pois se assim fosse, o espaço de uma primeira geração passaria a ser ocupado por uma segunda, na medida em que a função da primeira estaria cumprida, mesmo considerando que suas marcas permaneceriam ao longo do tempo. Bonavides afirma, inclusive, que o termo *geração* induz ao entendimento de que a posterior causaria a caducidade da(s) anterior(es).³

Assim, na medida em que o surgimento dos direitos fundamentais ocorreu em etapas, que ao longo do tempo somaram-se e não se substituíram, a expressão *dimensão* parece mais apropriada, permitindo, dessa forma, o entendimento de que as várias dimensões coexistem, não ocorrendo, portanto, uma superação entre as mesmas⁴.

Todavia, é válido perceber que a expressão *dimensão*, ao ser utilizada no intuito de não delimitar fronteiras entre os três momentos dos direitos fundamentais, talvez provoque, também, um condicionamento entre os direitos. Ou seja, além de superar a idéia de substituição, sugerida pela terminologia *geração*, o termo *dimensão* propõe uma visão conjunta dos direitos fundamentais, na qual tais direitos encontram-se juntos e condicionados, gerando, assim, uma relação de reciprocidade entre eles, o que pode ser observado à luz da abertura conceitual sofrida pela livre iniciativa.

Nesse sentido, a primeira dessas dimensões consagrou as chamadas liberdades civis ou negativas, pois exigia a ausência de

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

² "Da livre iniciativa se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade". GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

³ Cf. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 525.

⁴ Nesse sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

impedimentos ou de obrigações⁵, uma postura de abstenção por parte do Estado e respeito à autonomia individual. Isso lhe rendeu o dever de consagrar e respeitar as liberdades, sem, contudo, interferir nestes direitos⁶.

Tal postura reflete a necessidade da consagração da individualidade, própria da modernidade, como resposta à experiência medieval, na qual os sujeitos eram detentores de direitos de acordo com critérios referentes ao nascimento e/ou a propriedade⁷. Situação esta que se tornou incompatível com a concepção moderna de liberdade, baseada na livre expressão da vontade⁸.

Esta última concepção de liberdade exigia o reconhecimento da autonomia dos indivíduos, significando a não intervenção do Estado nas escolhas e liberdades individuais, e o reconhecimento, também, dos sujeitos de direitos, independentemente da legitimação pela propriedade privada, mesmo tendo sido esta um dos maiores pilares da revolução francesa⁹.

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. Madri: Trotta, 1998, p. 26.

⁶ É válido salientar que nesta primeira dimensão de direitos fundamentais encontram-se, também, direitos que dependem da atuação estatal, como por exemplo, os direitos políticos e as garantias do processo penal. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 1, p. 202, out./dez. 1992,. Ressalta-se, ainda, que mesmo as garantias de certas liberdades, como a liberdade de imprensa, exigem uma prestação positiva do Estado. MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de direito público*, n. 82, p. 12, 1987.

⁷ FIORAVANTI, idem, p. 31.

⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando a concepção de liberdade na antiguidade e na modernidade, afirma que entre os romanos e os gregos, liberdade era a possibilidade de participar das decisões que produziam efeitos na esfera pública, enquanto na modernidade liberdade é a autonomia da conduta individual. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 246.

⁹ A propriedade como *direito inviolável e sagrado* (artigo 17 da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789) rendeu à revolução francesa

Poder e liberdade eram duas forças que competiam. Conseqüentemente, Estado e indivíduo detentor de liberdade colocavam-se em situação de disputa; o primeiro em defesa do poder e o segundo em nome de sua liberdade¹⁰. Sendo assim, a primeira noção de Estado de Direito é reflexo da relação entre absolutismo (poder) e liberdade individual, tendo adquirido como principal função a defesa da liberdade¹¹. Assim, apesar do Estado liberal¹² precisar exercer seu poder, precisava, também, respeitar as liberdades.

Dessa forma, é possível afirmar que os direitos fundamentais passaram a ser consagrados pelas Constituições como produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, contaminados, portanto, pelo exacerbado espírito individual-subjetivista da época, apresentando-se como direitos individuais frente ao Estado¹³.

No caso específico da liberdade de iniciativa, exigindo que o Estado não interfira no direito do indivíduo de empreender livremente, pode ser incluída dentre os direitos de defesa, tendo em vista que garante a liberdade individual contra interferências do poder público¹⁴.

o título de revolução burguesa. V. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 94.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

¹¹ BONAVIDES, idem, p. 41. Nesse sentido, afirmou Daniel Sarmento que “era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável”. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 21.

¹² Segundo Jorge Miranda, “duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata, de (no dizer de Radbruch) um ‘indivíduo sem individualidade’; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão”. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 1, p. 198, out./dez. 1992.

¹³ SARLET, 2003, p. 51.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. São Paulo: IBDC/ Celso Bastos Editor, 1999, p. 37.

Nesse sentido, a postura negativa do Estado diante da liberdade, sua não interferência no âmbito da autonomia privada, a consagração da vontade individual e a superação da força pela força da liberdade parecem representar bem o direito fundamental à liberdade de iniciativa. Assim, o princípio da autonomia privada seria a “tradução jurídica da liberdade de iniciativa econômica”¹⁵, em sua proposta original.

A consagração constitucional de tal direito representa, primeiramente, a recepção da liberdade individual para, então, representar um instrumento de desenvolvimento econômico. Esse, parece ser o foco da livre iniciativa, se analisada sem considerar a abertura conceitual proposta pela Constituição: o poder de liberdade¹⁶ do indivíduo. A liberdade de optar, dentre as inúmeras possibilidades, pela forma de investimento e desenvolvimento que mais lhe agrada, isento de interferências por parte do Estado na sua liberdade de escolha. A liberdade como realização.

3. O dever de solidariedade ambiental

A análise do capítulo da Constituição destinado ao meio ambiente remete a algumas considerações: primeiro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à categoria de direito fundamental, apesar de não compor o rol formal dos direitos fundamentais, devendo-se, dessa forma, questionar sua disponibilidade.

¹⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. *Revista de direito privado*, vol. 14, p. 282, abril/jun. 2003.

¹⁶ O poder de liberdade individual foi mencionado por Nietzsche: “[...] o indivíduo soberano, igual apenas a si mesmo, novamente liberado da moralidade do costume, indivíduo autônomo supramoral (pois ‘autônomo’ e ‘moral’ se excluem), em suma, o homem da vontade própria, duradouro e independente, o que pode fazer promessas – e nele encontramos, vibrante em cada músculo, uma orgulhosa consciência do que foi finalmente alcançado e está nele encarnado, uma verdadeira consciência de poder e liberdade, um sentimento de realização”. **Genealogia da moral**. Uma polêmica. São Paulo: Companhia das letras, 2004, p. 49.

Sua natureza fundamental justifica-se pela importância e substância do direito ao meio ambiente, cujo reconhecimento iniciou-se com o segundo pós-guerra, momento em que as discussões voltam-se para a solidariedade e fraternidade entre os povos. Eis a chamada terceira dimensão de direitos fundamentais.

Tal dimensão caracteriza-se, principalmente, pela indeterminação dos sujeitos, pois a titularidade deixa de ser individual e passa a ser coletiva ou difusa, tendo como principal exemplo o direito ao meio ambiente. Segundo Bonavides os direitos de terceira dimensão, voltados para a fraternidade, possuem como destinatário o gênero humano¹⁷.

Essa perspectiva humanitária dos direitos de solidariedade propiciou sua consagração internacional, por meio de tratados e acordos entre nações soberanas, tendo em vista que o esforço necessário para a manutenção da paz, por exemplo, ou para a preservação ambiental, passa a ser global e não mais isolado, portanto, exige-se uma postura solidária.

Essa exigência de cooperação internacional e de superação da tradição individual-subjetivista, por meio do reconhecimento de direitos cuja titularidade não é individual, reflete a necessidade do direito assumir uma nova postura que o permita trabalhar com direitos transindividuais¹⁸. Sendo assim, texto do art. 225 da Constituição brasileira pode, para alguns, não transmitir de imediato a obrigatoriedade¹⁹ da preservação ambiental, porém, a norma resultante de uma atividade interpretativa, a partir do referido texto, impõe o

¹⁷ BONAVIDES, 1998, p. 523.

¹⁸ "O paradigma (modelo/mode de produção do direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos". STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 15.

¹⁹ Cabe aqui ressaltar a indagação feita por Dworkin: "obrigação é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral?". V. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

dever de cumprimento, no intuito de promover uma sadia *qualidade de vida*.

Percebe-se, ainda, que o texto do art. 225 fala expressamente sobre o dever de preservação imposto tanto ao Poder Público como também à coletividade. Sendo assim, é possível extrair do referido programa, se assim for desejado, uma prescrição normativa clara: o dever constitucional de proteção ambiental.

Nesse sentido, o fato de ter sido denominado pela Constituição como bem de uso comum do povo, significa que pertence a toda sociedade e não a indivíduos em separado. Ao ser qualificado como bem essencial à *qualidade de vida*, sugere que na sua ausência torna-se impossível uma vida de boa qualidade.

Portanto, a defesa e preservação do meio ambiente por parte do Poder Público deixaram de ser faculdade, passando a categoria de dever. Ou seja, o referido poder passa a atuar em defesa do ambiente não por opção, mas porque assim determina o texto maior.

É possível afirmar que, caso não haja uma reflexão por parte de todos, tanto poder público como coletividade, acerca da conduta a ser tomada diante da preservação, manutenção e equilíbrio deste patrimônio conjunto, que é o meio ambiente, ou seja, da própria vida, as consequências serão desastrosas e em grande parte imprevisíveis²⁰. Isto porque, muitas vezes uma simples alteração, aparentemente isolada, desencadeia uma série de outras, cujos efeitos não podem ser previstos *a priori*.

Tal conduta deve ser amplamente discutida, principalmente porque com a mudança dos paradigmas tradicionais do direito, a mobilização coletiva torna-se cada vez mais comum. Por outro lado, apesar de estar previsto desde a Constituição de 1988, o direito ao

²⁰ Boaventura definiu bem a angústia quanto o rumo que o meio ambiente possa vir a tomar no século XXI quando afirmou que “uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verosímeis de uma catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar”. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Afrontamento, 2002, p. 6.

meio ambiente apenas recentemente passou a compor a lide como objeto principal desta e como interesse primordial de todos. Para tanto torno a afirmar: a concepção formalista do direito mostra-se insuficiente e ineficaz.

Sendo assim, é preciso trabalhar com a idéia de valor no âmbito do direito constitucional, para tanto precisamos aceitar que os direitos fundamentais pertencem a uma ordem objetiva de valores²¹ e que de fato existe uma constituição material²². Portanto, torna-se necessária uma interpretação valorativa, capaz de superar a literalidade do texto legal, o que não implica numa atitude subjetiva do operador, mas sim numa operação objetiva que utiliza os valores consagrados pelo sistema jurídico constitucional²³.

Assim, quando se reconhece a carga valorativa presente na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, está admitindo-se que os direitos fundamentais devem possuir uma eficácia não apenas individual, mas, principalmente, uma eficácia social, pois representam a consagração de valores de uma determinada sociedade. No que diz respeito ao direito ao meio ambiente, propriamente dito, o valor que norteia sua consagração e efetivação é o *dever de solidariedade*.

Nesse sentido, afirmar que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental significaria, de acordo com a concepção formalista em torno da caracterização dos direitos fundamentais, que teria sido nomeado pela Constituição e que recebeu desta uma maior atenção ao torná-lo imutável ou de difícil alteração, o que parece não ter acontecido. Por outro lado, analisando sob uma perspectiva material, o direito ao meio ambiente foi consagrado pela Constituição por fazer parte da ideologia do Estado a que pertence, principalmente

²¹ LUÑO, Perez. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1998, p. 20-21.

²² KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 77.

²³ Nesse sentido afirma Andreas Krell (idem, p. 83) que "de qualquer maneira, fica evidente que a superação constitucional do normativismo positivista somente pode funcionar através da impregnação do ordenamento jurídico por uma ordem axiológica".

no que diz respeito ao valor da *solidariedade*, estando, portanto, de acordo com os valores e princípios constitucionais.

No entanto, é válido ressaltar que o direito ao meio ambiente não fez parte da primeira dimensão de direitos consagrados como fundamentais²⁴, assim como, não fez parte também da segunda dimensão²⁵, na qual encontramos uma reação ao individualismo liberal, passando-se a discutir o aspecto objetivo dos direitos fundamentais.

Enquanto isso, os direitos fundamentais de terceira dimensão têm como destinatário o gênero humano e não apenas o homem individual ou coletivo. A esta geração pertence o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, detentor de uma enorme carga valorativa. Representando, portanto, o desejo da humanidade de obter uma vida de boa qualidade. Daí a importância de reconhecê-lo como integrante de uma ordem objetiva de valores e de se exigir uma postura ética que reconheça o *dever de solidariedade* imposto pelo direito ao meio ambiente.

Entretanto, é preciso ressaltar que o *dever de solidariedade* necessário para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no intuito de se conquistar uma sadia qualidade de vida, constitui, como bem salientou a Constituição, um dever de todos: Poder público e coletividade, pois “a necessidade de

²⁴ Neste primeiro grupo estavam os direitos da liberdade, os direitos civis e os políticos. A característica marcante destes direitos é a oposição ao Estado e conseqüentemente o cunho individualista que possuem.

²⁵ Encontramos, neste segundo momento, a exigência de certas prestações por parte do Estado e, portanto, uma atuação não mais simplesmente de abstenção mas também prestacional. “Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo do Estado um artífice e um agente de suma importância”. Ver Bonavides, 1998, p. 520-521. Ressalta-se, porém que a Constituição portuguesa de 1976 prevê, no título referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, o dever de defesa do ambiente (art. 66, nº 1). V. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 157.

ajustar o comportamento de cada membro aos interesses da coletividade leva a que se considere como bom ou proveitoso tudo aquilo que contribui para reforçar a união ou a atividade comum”²⁶.

Nesse sentido, uma postura solodária representa uma contribuição para o estabelecimento de uma vida saudável para a sociedade e também para as gerações que ainda estão por vir, razão pela qual se fala em um dever ético de solidariedade. Assim, contribuir para a preservação do meio ambiente constitui o exercício de um dever de responsabilidade comunitária, permitindo “envolver” o meio ambiente por uma ética solidária.

4. A necessária percepção das fronteiras

A garantia constitucional à liberdade de iniciativa não deve ser entendida em termos absolutos como um direito inatingível, principalmente quando diante de um interesse difuso como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja alta carga valorativa não deve ser esquecida, e sim reconhecida.

Nesse sentido, cabe analisar a teoria das restrições ou limitações a direitos fundamentais²⁷, cujo ponto de partida é exatamente a negativa de direitos absolutos e ilimitados. A doutrina do direito constitucional já trabalha de forma pacífica com o entendimento de que a natureza de fundamental não consagra aos direitos um *status* de ilimitados, mas sim admite que as relações estabelecidas entre tais direitos terminam por impor certos limites aos mesmos ou, ainda, ressaltar limites já presentes.

Entretanto, é imprescindível ressaltar que a limitação a direitos fundamentais deve respeitar o conteúdo essencial dos mesmos. Sendo assim, cabe observar se há uma correspondência do direito, enquanto tipo abstrato, em relação à regulação concreta e se a

²⁶ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2004, p. 40.

²⁷ Peces-Barba salienta que a discussão recai sobre limites jurídicos e não sobre limites de fato, que terminam por limitar o exercício dos direitos, como é o caso do direito à liberdade de expressão para aqueles que não sabem ler nem escrever. Isto, segundo autor, é um problema de eficácia de direitos. V. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madri: Universidade Carlos III/Boletín oficial del Estado, 1999, p. 588.

limitação imposta ao direito em questão não seria impraticável, ou melhor, se não seria pouco razoável²⁸.

O caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão, acerca de um determinado produto alimentício achocolatado, em que foi identificada a colisão entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor, tendo sido resolvido por meio da decisão que ordenou a não circulação do produto²⁹, parece ser uma hipótese de limitação a direito fundamental, na qual houve uma violação ao conteúdo essencial. Isto porque, a decisão do Tribunal de suspender a venda do produto mostrou-se desmedida³⁰, tendo em vista que atingiu diretamente o conteúdo essencial da liberdade de iniciativa, o qual corresponde à liberdade de empreender sem interferência direta do Estado.

Sendo assim, obrigar o fornecedor a informar devidamente o consumidor quanto à constituição do produto parece ser uma limitação razoável, já prevista, no direito brasileiro³¹, como condição para o exercício da livre iniciativa. Isto porque, o art. 170 da Constituição impõe o respeito ao princípio da defesa do consumidor para que a liberdade de iniciativa cumpra seu papel de fundamento da Ordem

²⁸ LUÑO, Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madri: Tecnos, 1999, p. 311.

²⁹ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho Constitucional**, ano 22, nº 66, set./dez. 2002.

³⁰ “Muchas veces se presentan como límites lo que no son situaciones al margen y no comprendidas en la protección del derecho”. MARTÍNEZ, 1999, p. 589.

³¹ A Constituição brasileira previu dentre os direitos fundamentais a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), assim como o direito de todos ao acesso à informação (art. 5º, XIV). No sentido de explicitar o dever de informação imposto ao titular da livre iniciativa, afirmou Paulo Lôbo que “é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo”. A informação como direito fundamental do consumidor. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, nº 11, 2000. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/CCJ, p. 311.

Econômica, e o Código de Defesa do Consumidor estabelece, por sua vez, como um dos direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara quanto aos produtos e serviços.

Isto posto, é notável que o problema da limitação dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela delimitação de tais direitos³², tendo em vista que os contornos dos direitos fundamentais, resultados de uma atividade interpretativa, representam o âmbito de proteção. Tais contornos, muitas vezes já declaram certas restrições, ou melhor, já demonstram que certas situações não serão aceitas ou que certas condições devem ser cumpridas³³.

Partindo de tais considerações, convém lembrar a postura de Robert Alexy diante do que ele chama de *possibilidade lógica de restrição a direitos fundamentais*³⁴. Afirma o autor que o conceito de restrição sugere uma distinção entre o direito e suas restrições. Dessa forma, tem-se o direito em si e o direito restringido. Tal postura diante das restrições a direitos fundamentais é denominada por ele de *teoria externa*, em razão de que não existe, para a referida teoria, uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Sendo assim, a relação surge por meio de uma necessidade, externa ao direito, de compatibilizar os diversos direitos³⁵. Esta opção parece não preocupar-se com o âmbito de proteção dos direitos, direcionando sua atenção para limites práticos, surgidos diante dos casos, os quais irão determinar a necessidade ou não de limitações aos direitos envolvidos.

Por outro lado, segundo o autor, a chamada teoria interna afirma que o direito e suas restrições representam uma só coisa, ou seja, o direito com um determinado conteúdo. Dessa forma, o conceito de restrição é substituído pelo de limite, na medida em que "las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido"³⁶. Aqui é possível identificar uma preocupação clara com o âmbito de proteção

³² CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos fundamentales. Concepto y garantías**. Madri: Trotta, 1999, p. 36.

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 1998, p. 219.

³⁴ ALEXY, Robert. 1997, p. 267.

³⁵ ALEXY, Robert. Idem, p. 268.

³⁶ ALEXY, Robert. Idem, p. 269.

dos direitos, na medida em que o próprio conteúdo pode vir a consagrar limites.

Ao expor seu comentário acerca das teorias externa e interna, Alexy faz dois alertas: primeiro que, para aqueles mais identificados com a noção individualista de Estado e sociedade, a teoria externa parece ser mais indicada. Em contrapartida, os que se identificam como membros de uma comunidade tenderão à teoria interna. Segundo: a concepção de acordo com a teoria externa ou interna depende, essencialmente, do fato de que as normas de direitos fundamentais podem ser previstas por meio de regras ou de princípios. Assim, se os direitos estão dispostos de modo definitivo, estaria refutada a teoria externa e se dispostos de maneira *prima facie*, estaria refutada a teoria interna.

Logo, se conclui que a teoria externa só permite ser aplicada quando diante de normas principiológicas de direitos fundamentais, enquanto a teoria interna mostra-se adequada quando as restrições envolvem direitos fundamentais consagrados por meio de regras, como é o caso de adotar-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como regra constitucional tendo em vista o previsto pelo art. 225 da Constituição.

Cabe atentar para o fato de que a postura externa diante dos direitos fundamentais parece identificar-se com a teoria da colisão proposta pelo autor, tendo em vista que nesta proposta teórica, o que faz um dos direitos envolvidos sofrer uma relativização é uma necessidade externa, ou seja, as circunstâncias do caso concreto. Isto porque os princípios em abstrato convivem harmonicamente, o que implicaria dizer que na ordem conceitual não haveria restrições, mantendo-se assim, a proposta externa.

Além do mais, a ponderação dos direitos envolvidos na colisão não parece precisar estabelecer uma relação entre o conceito do direito e suas restrições (teoria externa), ressalvada a proteção do núcleo essencial, na medida em que as restrições serão exercidas a depender das condições fáticas apresentadas pelas circunstâncias do caso, o que pretende ser o meio para uma medida proporcional.

Canotilho identifica o problema de se analisar a articulação de direitos, bem como suas limitações, como uma *querela* que há muito está presente tanto no âmbito constitucional como também no

âmbito civil, afirmando que essa indeterminação conceitual resulta em duas teses. A primeira seria a teoria interna, cujas premissas seriam

- (1) os direitos e os respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica;
- (2) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito 'nascido' com limites; logo
- (3) o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efectiva (sic) desse direito³⁷.

Por outro lado, afirma o autor português que, a teoria externa propõe que

- (1) os direitos e as restrições são dimensões separadas;
- (2) as restrições são sempre 'desvantagens' impostas externamente aos direitos;
- 3) o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efectiva, porque os direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção³⁸.

Todavia, é preciso reconhecer que a teoria da colisão de direitos fundamentais quebra com o modelo absolutista de decisões, fundado no dogma da subsunção e demonstra que a ordem jurídica pode ser trabalhada por meio de um modelo de relativizações. Como salienta João Paulo Teixeira, ao discutir a virada pós-positivista no direito constitucional, "dada a especificidade das normas constitucionais, os métodos tradicionais pouco têm a contribuir"³⁹.

Contudo, é preciso reconhecer, também, que a delimitação dos direitos constitui uma etapa importante, cujos efeitos para as restrições não podem ser abandonados e que a relação entre o conceito e as restrições pode vir a compatibilizar os direitos, sem que para isso, precise-se estabelecer um procedimento de colisão.

Sendo assim, é preciso observar com cautela se a teoria da colisão não estaria mais próxima do que o autor chama de noção

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 201.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem*, p. 202.

³⁹ *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 77.

individualista de Estado. Tal postura dificulta estabelecer no presente trabalho a relação entre liberdade de iniciativa e meio ambiente, tendo em vista que este é um direito difuso, portanto, mais próximo de uma postura comunitária (teoria interna) e distante de ser solucionada por meio de uma postura individualista. Soma-se a isso a dificuldade, ou, até mesmo, impossibilidade, de se estabelecer os contornos necessários aos direitos quando em aplicação a teoria externa⁴⁰.

Entretanto, a expressiva maioria da doutrina trabalha a hipótese de limitação a direitos fundamentais como uma possibilidade legislativa, ou seja, a limitação ficaria a cargo das leis infraconstitucionais, de acordo com a previsão constitucional⁴¹, o que de fato constitui uma possibilidade, mas não a única. Sendo assim, à primeira vista, têm-se os direitos fundamentais vistos como os submetidos a uma reserva legal, e aqueles que não estão submetidos a tal reserva⁴², o que implica dizer que a cláusula de reserva de lei seria concretizada quando da elaboração de uma lei que venha regulamentar de forma específica a limitação prevista⁴³.

⁴⁰ “Nos casos de colisões entre direitos não é fácil delimitar o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efectivo (*sic*), pela simples razão de que a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito”. CANOTILHO, *idem*, p. 200.

⁴¹ Alguns autores chegam a firmar que os limites aos direitos constitucionais só podem ser considerados se previstos constitucionalmente. Nesse sentido, afirma Konrad Hesse que “como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

⁴² BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los ‘límites inmanentes’ a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. *Revista española de derecho constitucional*, año 13, num. 38, may./ago, p. 299.

⁴³ No direito brasileiro temos o exemplo do inciso XII do art. 5º da Constituição, o qual dispõe: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual

A limitação por meio do legislativo se dá em razão da constante imprecisão presente em muitas das normas definidoras de direitos fundamentais⁴⁴ e, na maioria das vezes, a interferência legal para acentuar a eficácia de certos direitos é uma exigência da própria Constituição.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade não representa, apenas, um instrumento para ponderação de conflitos entre direitos fundamentais no plano de decisão judicial, mas também como elemento de ponderação acerca da atuação legislativa em matéria de restrição a direitos fundamentais.

Sendo assim, a elaboração de leis restritivas de direitos fundamentais deve atender aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como defende Robert Alexy ao longo do *Epílogo à teoria dos direitos fundamentais*⁴⁵, o que não pretende ser aqui explorado.

Já Vieira de Andrade afirma que os limites imaneses podem estar previstos na Constituição tanto no preceito relativo ao direito fundamental limitado, o que me parece ser o caso do art. 170 da Constituição brasileira, como pode estar também em outros preceitos constitucionais, o que parece ser, também, a hipótese brasileira da função social da propriedade. Admitindo, também, o autor que em algumas situações os limites imaneses só poderão ser identificados por meio de interpretação, em razão de estarem implícitos na Constituição⁴⁶.

Uma sentença proferida pelo do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha no início da década de noventa, é considerada polêmica⁴⁷, tendo em vista que reconheceu limites imaneses não

penal" (*grifo meu*). Percebe-se, assim, que o referido dispositivo contém uma cláusula de reserva legal, cuja regulamentação se deu pela Lei 9296/1996.

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 1998, p. 224.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Revista española de derecho Constitucional*, ano 22, nº 66, set./dez. 2002, p. 28-64.

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, p. 215-216.

⁴⁷ Mariano Bacigalupo chega a acusar a referida sentença como provocadora de uma involução dogmática. V. La aplicación de la doctrina de los

submetidos a reserva legal, ou seja, implícitos, razão pela qual merece ser analisada.

O Ministério da Saúde alemão, ao publicar aos consumidores uma lista de produtos cuja fabricação envolvia um determinado componente químico possivelmente nocivo à saúde, sofreu um recurso administrativo, pois um dos fornecedores alegou a ilegalidade da medida e identificou nesta o motivo da queda na venda de seu produto.

O Tribunal identificou que a atuação da Administração pode ser considerada como limitadora de direitos fundamentais, entre eles o de liberdade de ofício e profissão, e de forma indireta assumiu que a medida carecia de legalidade, tendo em vista que o ministério não poderia amparar-se nas habilitações gerais impostas pelo poder de polícia. Contudo, afirmou que o Governo Federal, implicitamente reconhecido pela Constituição, possuía o poder de advertir os cidadãos em situações de crise, o que, naturalmente, incluiria o alerta público aos titulares de direitos fundamentais em situação de perigo⁴⁸.

Fica assim demonstrado que a sentença acima comentada buscou garantir a força da Constituição por meio da interpretação dada a alguns princípios constitucionais, afastando, dessa forma, o entendimento de que as normas da Constituição precisam de regulamentação para ser efetivadas. É compreensível que a regulação fornece um maior conforto para o julgador. No entanto, este não deve estar voltado exclusivamente para normas constitucionais regulamentadas, tendo em vista que a aplicação das normas não está restrita ao fato de serem elas explícitas, em virtude da efetividade dos princípios implícitos⁴⁹.

Portanto, a teoria dos limites imanentes não deve ser interpretada apenas como análise da regulação das normas constitucionais, mas também como a possibilidade dos direitos

'limites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. Op. cit., p. 312.

⁴⁸ BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los 'limites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. Op. cit., p. 311.

⁴⁹ "Os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica". GRAU, Eros Roberto. 2003, p. 45.

fundamentais serem limitados em razão de princípios, regras e valores constitucionais, apesar de em certos casos estarem implícitos.

O caso analisado assemelha-se ao tema do presente trabalho por tratar, também, de um direito difuso que é a defesa do consumidor⁵⁰. À primeira vista teríamos mais uma hipótese de colisão de direitos fundamentais, mais especificamente liberdade de iniciativa e defesa do consumidor, disposto a ser resolvido por um procedimento de ponderação, no intuito de adotar-se uma medida proporcional.

Entretanto, mais uma vez, a identificação dos contornos constitucionais mostra-se necessária, principalmente por se tratar de um direito difuso como é o direito ao meio ambiente. Diante de tal dificuldade, a teoria dos limites imanentes, cujo tratamento requer a observação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais⁵¹ - ou seja, a observação das relações entre o direito e suas restrições - parece ser mais indicada para resolver conflitos que envolvem direitos difusos, tendo em vista a possibilidade da referida teoria desenvolver uma postura de prevenção, o que não parece ser possível por meio da proposta de colisão em virtude de que esta última opera por meio de resultados imediatos, enquanto a primeira por meio de resultados construídos a longo prazo.

No que diz respeito ao diálogo entre liberdade de iniciativa e o direito ao meio ambiente, a Carta de 1988 provocou uma reestruturação no primeiro, o que implicou o reconhecimento de limites constitucionais imanentes, dentre os quais a defesa do meio ambiente, acarretando, portanto, a identificação de um contorno ambiental naquela liberdade, o que se torna perceptível quando da observação do seu âmbito de proteção. Resta agora reconhecer a necessidade do referido contorno e consagrá-lo.

⁵⁰ "As relações de consumo são necessariamente transindividuais, pois irradiam efeitos além dos sujeitos concretos da aquisição ou utilização de determinado produto ou serviço, para alcançar todos os que sejam por elas atingidos, em ato ou potência". LÔBO NETTO, Paulo Luiz. 2000. p. 310.

⁵¹ "Âmbito de proteção significa que um bem é protegido, mas nesse âmbito podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites". CANOTILHO, J. J. Gomes. 2004, p. 199.

Nesse sentido é que se afirma a necessidade de identificar a relação entre liberdade de iniciativa e direito ao meio ambiente como uma hipótese de limitação constitucional imanente, no intuito de favorecer um diálogo entre tais direitos, cujo resultado seria a consagração de uma postura solidária e a promoção da prevenção.

6. Conclusão

Ao longo da história constitucional brasileira, o direito à liberdade de iniciativa foi previsto, expressamente, em situação de limitação com outros valores, também consagradores de direitos fundamentais, a partir da Constituição Federal de 1988. E, apesar de não ter sido previsto dentre os direitos e garantias individuais da Constituição, é um direito fundamental tendo em vista que a concepção material acerca dos direitos fundamentais consagra direitos dessa natureza, mesmo quando não previstos no rol formal, desde que portadores da natureza fundamental. Ou seja, desde que represente um direito de fundamental importância para a sociedade, em decorrência de suas características e substância.

Tendo em vista que o caráter fundamental da livre iniciativa é decorrente da sua natureza de liberdade, o referido direito encontra-se classificado, quanto ao contexto histórico, como direito fundamental de primeira dimensão, o que implica dizer, *a priori*, que exige do Estado uma postura de não intervenção.

Entretanto, a postura adotada no presente artigo afastou a imagem intangível das liberdades, mais especificamente da liberdade de iniciativa, observando que tais direitos sofreram na Constituição Federal de 1988, uma reestruturação que não pode ser desconsiderada. Ressaltou ainda a necessidade do reconhecimento do contorno ambiental à liberdade de iniciativa, por meio da adoção da teoria dos limites imanentes e propôs o afastamento da teoria da colisão no que diz respeito à relação entre livre iniciativa e direito ao meio ambiente.

O direito ao meio ambiente, propriamente dito, encontra-se entre os direitos fundamentais de terceira dimensão, também no que diz respeito ao momento histórico de sua reivindicação, na medida em que exige o compromisso de solidariedade, não apenas em relação ao Estado brasileiro como também no que se refere ao apoio e

cooperação dos Estados soberanos e, principalmente, em razão de possuir uma titularidade indefinida, comumente chamada de difusa.

Nesse sentido, a estrutura do direito à liberdade de iniciativa sofreu modificações, em razão das exigências do Estado Social e Democrático de Direito, mais especificamente no que diz respeito ao dever de solidariedade, impondo-se, assim, o respeito ao direito ao meio ambiente como condição para o exercício da livre iniciativa, situação denominada de *limitação imanente*.

A previsão constitucional da *defesa* do meio ambiente como princípio da Ordem Econômica e como requisito para o exercício da livre iniciativa requer a interpretação daquela liberdade em consonância com o art. 225 da Constituição, o que implica dizer que o exercício da liberdade de iniciativa encontra-se limitado, de forma imanente, pelo direito ao meio ambiente, tendo em vista ser um princípio condicionado.

DANOS PUNITIVOS

Daniella Soares de Omena

Advogada, Especialista em Direito do Consumidor pela Puc-Rio.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Danos Punitivos. 3. Caráter Punitivo e o Direito Civil. 4. Danos Punitivos: Algumas questões importantes. 4.1 Enriquecimento Ilícito. 4.2. A Capacidade econômica da vítima. 4.3 Capacidade econômica do ofensor e intuito de lucro. 5. Conclusão.

1. Introdução

O direito à indenização por ofensa moral, tornou-se indiscutível no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Superada a questão quanto ao cabimento ou não das indenizações por danos extrapatrimoniais, o problema que se encontra hoje é como quantificar essas indenizações, bem como os critérios para o arbitramento desses valores.

Não é tarefa fácil chegar ao *quantum* da indenização quando tratamos de compensação por constrangimento moral. Não temos como avaliar objetivamente e precisar um valor exato à ofensa, pois não há critério legal-objetivo para isto. A ausência de critérios legais para a quantificação da indenização se deve muito mais à natureza da questão do que a um eventual retardo do legislador. Mais além: esta ausência é um sinal de sensatez. O meio mais eficaz para se chegar a um justo valor compensatório é o arbítrio do magistrado, levando-se em conta o caráter punitivo do dano moral.

2. Danos Punitivos

Os danos punitivos tiveram origem no direito americano.¹

Data de 1784 o primeiro caso de indenização punitiva nos Estados Unidos: *Genay v. Norris*, que resultou na

¹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. RTDC, vol. 12, out/dez 2002

condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma “punição exemplar”.²

Também conhecida como teoria do desestímulo, busca-se através deste instituto inibir o ofensor através do pagamento à vítima de certa quantia em dinheiro para que este não reincida na conduta ofensiva, impedindo que se lucre com o ilícito, elidindo sua imitação e, ainda, dando exemplo a toda sociedade atuando como meio preventivo³ e punitivo⁴.

² De uma aplicação restrita a casos mais pitorescos no século XVIII, os *punitive damages* passaram a ter, nos séculos XIX e XX, ampla utilização, sobretudo com o desenvolvimento das relações de massa e do setor empresarial norte-americano. Somente no início da década de 1990 atingiu-se o ápice dos *punitive damages*, empregados sobretudo como forma de desestímulo às práticas abusivas de grandes corporações em face de consumidores. SCHREIBER, op.cit., out/dez 2002).

³ MENDES, Robinson Bogue, **Dano Moral e Obrigação de Indenizar: critérios de fixação do quantum**, Editora UCDB, Campo Grande. “A natureza punitiva da reparabilidade do dano moral encontraria razão de ser na constatação de que aquele que paga sente a repressão da ordem legal face à sua atividade antijurídica, o que se lhe impõe como advertência, com efeito intimidatório, para que não venha mais a transgredir os valores morais de outrem”.

⁴ Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando esta última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros, e não para retribuir danos passados – característica própria de juízo punitivo. Ocorre que, mediante tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa possa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade, justamente por ser de difícil reparação; de outro lado, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação maior. Este parece ser o problema principal da justiça/injustiça das sentenças exemplares e dos chamados “bodes expiatórios”. MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à**

Além da função compensatória, que é o cerne da reparação por danos extrapatrimoniais, a indenização por tal constrangimento deve ter também um caráter punitivo na forma de punição pecuniária a ser revertida em favor da vítima. O caráter punitivo está intimamente ligado ao fator de desestímulo, ou seja, através da imposição de um valor, tenta-se demover o causador do dano a novas práticas lesivas evitando a reincidência.

A quantia a ser pago pelo causador do constrangimento moral não tem apenas o caráter compensatório, pois um abalo moral jamais será restituído ao *status quo ante*.

Paulo Antonio Papini, em seu artigo Dano Moral: Da Efetiva Reparação em Face do Ordenamento Jurídico Pátrio, publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, número 17, maio/junho 2002, ao tratar do caráter sancionatório do dano moral, nos esclarece de maneira inteligente a importância do caráter punitivo das indenizações, *in literis*:

Tem-se, na realidade, que o dano moral, em seu caráter sancionatório, possui um cunho de proteção social. Este entendimento, na realidade, foi esposado pelo CDC (L. 8.078/90) em seu art. 6º, VI, que estabelece como um direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, bem como a defesa dos interesses coletivos e difusos.

Observamos, na realidade, que a ferramenta mais eficaz que a sociedade possui para prevenção de incidentes que, muitas vezes, provocam danos irreversíveis na vida das pessoas, é a utilização do caráter sancionatório da indenização por danos morais como técnica do desestímulo àqueles que, repetidas vezes, atentam e assacam contra a honra de terceiros.

Para que exista realmente a punição do causador de ofensa a direitos inalienáveis do ser humano, a indenização não poderá ser módica. Deve ser expressiva e pesar economicamente a quem causou

o dano. Se assim não for, estar-se-ia permitindo e até incentivando que tais condutas sejam repetidas e copiadas⁵.

3. Caráter Punitivo e o Direito Civil

Não prospera o argumento de que a função punitiva da compensação por constrangimento moral é estranha ao direito civil. Argumenta-se que significando uma pena ao causador do dano, tomaria feições de uma sanção criminal.

É de bom alvitre ressaltar que o termo pena, quando usado como sanção não é exclusivo da seara criminal. Existem, no nosso ordenamento jurídico, as penas civis e administrativas, por exemplo. Ora, podemos citar como exemplo a cláusula penal intrínseca às relações de direito privado utilizada na maioria dos contratos.

Ao discorrer sobre o tema, o juiz Osny Claro de Oliveira Júnior, em artigo intitulado “O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro” deixa clara a diferença do termo pena no âmbito civil e criminal. Vejamos:

No campo criminal, há a necessidade de prévia positivação e sistematização dos fatos tipificados como ilícitos criminais devido ao interesse público e social prevalecente, e à vista da invasividade drástica das penas – privação de liberdade do indivíduo – de modo que o sancionamento deve ser precedido da taxatividade das normas incriminadoras, em *numerus clausus*, nos termos da Constituição Federal, do

⁵ “[...] nos casos de determinadas instituições financeiras que enviam aos serviços de proteção ao crédito (SPC, SERASA etc) nomes de todos os devedores indiscriminadamente, optando de forma voluntária por não proceder a um exame individual da situação de cada um destes devedores, muitos deles pontuais em suas obrigações. O custo operacional de uma análise assim detalhada supera o montante global das baixas indenizações usualmente concedidas às vítimas de tais erros. É também o que ocorre com certos veículos jornalísticos que, com frequência, divulgam informações duvidosas a cerca de pessoas notórias, assumindo deliberadamente o ônus de agir sem a devida cautela na investigação da veracidade da notícia, pelo simples fato de que as vendas e a publicidade obtidas com aquelas bombásticas tiragens superam, em muito, eventuais indenizações”. SCHREIBER, 2002.

Código Penal, da legislação especial e da legislação esparsa.

No domínio estritamente civil, a multiplicidade e a complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas, que não seria possível enumerar previamente, com tal taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral e da obrigação de indenizar. Ademais, prepondera aqui o interesse particular, sem exclusão, é certo, do interesse social. Assim, porque, verificados a culpa (*lato sensu*), o dano e o nexo de causalidade, a sanção recairá não sobre a pessoa do lesante, mas sobre seu patrimônio, apenas.

Portanto, no tocante ao caráter punitivo das indenizações por danos morais, não há conflito entre o mundo civilista privado e o mundo criminalista público, sendo perfeitamente cabível a imposição de pena afliitiva ao causador dos danos desta natureza, tal como indica o caráter punitivo que se lhe imprime já implicitamente o sistema como um todo e o artigo 159 do Código Civil.

No caso específico dos danos causados aos consumidores por grandes corporações, a moral é atacada em dois momentos distintos. No primeiro momento há ofensa moral pela frustração das expectativas do consumidor, frustração esta que prescinde até mesmo da verificação de constrangimento e humilhação.

O segundo momento se verifica quando a empresa tentou lucrar indevidamente com a conduta danosa. A tentativa de lucrar pode ocorrer tanto pelo lucro direto quanto pela economia em treinamentos ou procedimentos de segurança.

A indenização do dano à moral verificada neste segundo momento só é possível através da adoção da teoria do caráter punitivo.

Podemos exemplificar hipoteticamente como isso poderia acontecer. Um grande banco retira indevida e conscientemente das contas de seus clientes R\$ 0,01 mensalmente. A maioria destes clientes não reclama nem pede o dinheiro de volta por considerar um valor insignificante ou porque nem se apercebeu da atitude do banco. A minoria que reclama, recebe de volta em sua conta tal valor. E uma

outra parcela ainda muito menor, se é que existe, recorre ao judiciário para reaver seu dinheiro. Ocorre que, se não aceitarmos a teoria dos danos punitivos para este exemplo, o consumidor irá receber possivelmente de volta seu R\$ 0,01 e, talvez, algum valor a título de danos morais.

O que, então, podemos concluir? O banco continuará com esta prática totalmente abusiva e ofensiva, pois o que ele ganha com tal conduta é infinitamente maior do que ele desembolsa a título seja de compensação por ofensa moral, seja de devolução do dinheiro retirado indevidamente.

4. Danos Punitivos – Algumas questões importantes.

Como dito alhures, o meio mais eficaz e justo para se chegar ao valor da indenização é por meio do arbitramento do magistrado. Contudo, a observância de alguns critérios deve ser levada em consideração na hora de se chegar ao *quantum*.

4.1 Enriquecimento Ilícito

Há enriquecimento ilícito do ofensor quando este é obrigado a indenizar menos que o “razoável” e menos do que aquilo que lucraria com o ato lesivo.

Os valores a título de compensação por ofensa moral, em muitos casos, têm sido muito abaixo do que realmente faria *jus* a vítima e não compensa o constrangimento sofrido. Pelo contrário, muitas vezes, configura-se numa outra ofensa moral tal valor irrisório encorajando os ofensores a continuar suas práticas reprováveis na sociedade.

Brilhante trecho do artigo do Juiz de Direito Marco Antônio Ibrahim, intitulado de “Direito ao respeito – Indenização baixa estimula o abuso e irresponsabilidade”, citado no artigo de Papini acima referido, quando se refere ao perigo em se fixar indenizações irrisórias:

A verdade é que a timidez do juiz ao arbitrar essas indenizações, em alguns poucos salários mínimos resulta em mal muito maior que o fantasma do enriquecimento sem causa do lesado, pois

recrudescer o sentimento de impunidade e investe contra a força transformadora do Direito. A efetividade do processo judicial implica, fundamentalmente, na utilidade e adequação de seus resultados.

Papini nos esclarece ainda que, para muitos, o nosso sistema jurídico não admite altas indenizações, pois poderiam causar o enriquecimento ilícito e a falta de previsão legal a este tipo de indenização. Entretanto, estão equivocados os que pensam desta maneira. Vejamos sua pertinente analogia:

Rezam os arts. 13 e 14 da L. 9.609/98 (Lei de Proteção ao *Software*) que aqueles que falsificarem, ou duplicarem ilegalmente programas de computador, deverão pagar multa equivalente a 3.000 vezes o seu preço.

Omissis

Eureka, é exatamente disso que estamos falando. Nos parece que o mesmo ordenamento jurídico que aceita que uma pessoa que copia indevidamente um software deva pagar uma indenização equivalente a 3.000 vezes o valor do mesmo - nunca é demais lembrarmos que o programa Microsoft Office, um dos mais indevidamente copiados, custa em torno de R\$ 780,00, ou seja um cálculo simples de aritmética nos mostra que quem falsifica esse programa, v.g., pode ser condenado ao pagamento de uma indenização de R\$ 2.340.000,00 - necessariamente deva reconhecer seja indenizado o dano moral em patamar extremamente elevado, vez que o instituto objeto de nosso estudo, tal como a indenização da L. 9.609/98, tem o nítido caráter punitivo.

Omissis

Nada contra a Lei de Proteção ao software, ao contrário, a prática nos tem mostrado que devido ao impacto da multa, cada vez mais, menos empresas os têm (os softwares) falsificado (poderíamos nos indagar se, ao invés de 3.000, a lei previsse a indenização de 3 vezes o valor do programa de computador falsificado se ela seria tão respeitada?! A resposta é tão óbvia que não merece maiores comentários); mas é inadmissível aceitarmos que

somente em alguns casos se possa realmente punir e indenizar ao mesmo tempo.

4.2 A Capacidade econômica da vítima

A aplicação do caráter punitivo nas indenizações por danos extrapatrimoniais, deve-se ater a alguns critérios como valor desestimulante para possíveis reincidências; caráter compensatório.

Entretanto, uma fração da jurisprudência e parte minoritária da doutrina, lamentavelmente, ainda aceitam como critério de quantificação do dano extrapatrimonial a capacidade econômica da vítima. Não há como prosperar este critério, pois em situações semelhantes, determinaríamos valores diferenciados a vítimas em mesma situação com o inaceitável fundamento de enriquecimento sem causa. Há quem acredite que caso os mais pobres recebessem indenizações iguais a dos mais ricos, aqueles estariam se locupletando indevidamente. Tal assertiva não merece prosperar, pois o que se compensa é o “patrimônio moral” que independe da situação econômica.

O valor arbitrado a título de compensação por dano moral deve corresponder ao sofrimento do ofendido, à punição do ofensor e suas consequências mesmo que abstratamente considerados, e jamais a condição patrimonial da vítima.

O que se repara é uma lesão à moral e não ao patrimônio. Querer levar em conta a condição econômica da vítima é, indiscutivelmente, quantificar sua moral com base no seu patrimônio, o que é inaceitável juridicamente e moralmente.

Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, ao tratar do tema, nos esclarece que para que seja adotado algum fator diferencial deve haver pertinência lógica com a diferenciação e diz:

Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

A aplicação do caráter punitivo nas indenizações por danos morais é com relação ao ofensor e não ao ofendido. Ao se usar este critério como diferencial no valor das condenações, está se impondo uma pena ao ofendido.

4.3 Capacidade econômica do ofensor e intuito de lucro

Ao arbitrar o valor de uma compensação por ofensa moral, o magistrado deve balizar-se nos princípios de justiça. Para que isso aconteça, necessário se faz a imposição de valores tendo como base a capacidade econômica do ofensor, pois não há desestímulo se o dever de indenizar abranger parte ínfima do patrimônio do ofensor.

A consideração da capacidade econômica do ofensor é critério consonante com a isonomia. Não seria aceitável que ofensores mais abastados sejam condenados, pela mesma ofensa, no mesmo valor que seriam condenados ofensores menos favorecidos economicamente. No primeiro caso, o desestímulo poderia ser irrisório ou pior, poderia haver uma punição desproporcionalmente grande no segundo.

5. Conclusão

Os danos punitivos ainda não são aceitos pacificamente por parte da doutrina pátria. O STJ, entretanto, vem decidindo no sentido do acolhimento deste caráter punitivo e é o nosso posicionamento.

A teoria punitiva não está alheia ao direito civil muito menos inserida dentro do direito penal. O dano punitivo é instituto de direito civil e a pena criminal difere daquele outro ramo do direito. Podemos exemplificar a cláusula penal, que está inserida dentro dos contratos e nem por isso desnaturaliza a sua natureza privada.

O caráter punitivo das indenizações, por si só, não é meio de enriquecimento sem causa e sim um caráter sancionatório, pois visa proteger a sociedade de práticas incompatíveis com a boa fé, lealdade, cooperação, harmonia.

Os valores das indenizações proferidas no Brasil são baixas e não servem como fator de desestímulo nem de punição capaz de extirpar as práticas inaceitáveis jurídica e moralmente.

O MICROSSISTEMA DO IDOSO NUM CENÁRIO DE RENOVADO HUMANISMO

Karla Cecilia Delgado

Pós-graduada em Direito Civil e mestranda em Direito Privado pela
Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Retrospecto da travessia: notas para uma contextualização. 2.1. Da crise da codificação juraracionalista ao advento dos microssistemas. 2.2. O fenômeno da repersonalização do direito privado e a Constituição Federal de 1988. 3. O reconhecimento do idoso como sujeito de direitos especial ou identificado e a proteção positivada. 5. Algumas premissas metodológicas para afirmação do Direito do Idoso como um microssistema. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Fala-se, não é de hoje, em **direitos do idoso**, querendo referir-se à acolhida pontual pela norma positivada de preceitos, individualmente considerados, que contemplam especialmente esse segmento populacional em via de vertiginoso crescimento. Diremos, aqui, da existência de um **Direito do Idoso**, cuja disciplina ocupa território delimitado, incrustado no mapa do nosso ordenamento jurídico, com o qual se comunica por fronteiras multidisciplinares.

Queremos afirmar com este trabalho, ainda, que tal configuração foi concebida, em tempos de transição paradigmática, pelo fenômeno da repersonalização do Direito Privado, deflagrado a partir da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948 - a primeira em toda a história com cunho de universalidade, e que veio a representar o cisma com um passado impregnado pelo individualismo. O documento, que teve inicialmente o sentido de um compromisso ético da humanidade¹, lastreou impactante repercussão de ordem técnica e científica.

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Deficiente e idoso: o direito de ser pessoa. In: *Pessoa idosa e portadora de deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: CEAF, 2003, p. 28.

Nessa cidadela, o universo normativo que conforma o Direito do Idoso na legislação brasileira é então visto como um microssistema, sendo que sua evolução legal e doutrinária culminou com o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741), promulgado em 1.º de outubro de 2003.

2. Retrospecto da travessia: notas para uma contextualização

2.1. Da crise da codificação jusracionalista ao advento dos microssistemas

Os códigos de inspiração jusracionalista resultaram de uma cultura jurídica com orientação de uma moral prática². Pretendendo-se imutáveis e eternos, representaram um óbice à construção de uma justiça viva. Nesse contexto, nasceu o Código Civil de 1916: o Direito Privado moldado na jurisprudência clássica dos conceitos, do século XIX, que denota a legitimidade da norma jurídica dirigida para um modelo de decisão a partir da dedução de um conceito formal, cuja visão estática, atemporal e desideologizada, aparta-se da realidade social, que é dinâmica. Era o sonhado “paraíso conceitual dos juristas”³.

Protagonizava o código assentado na afirmação do individualismo jurídico o cidadão dotado de patrimônio, o ser proprietário, o burguês livre do controle ou impedimentos públicos⁴.

É certo que a despatrimonialização das relações civis tem sua gênese no constitucionalismo. Enquanto o Estado liberal convertia-se em Estado social, o Código Civil de 1916, de tradição oitocentista, permanecia ancorado no ideário iluminista, que tinha na propriedade o valor necessário à realização da pessoa. A lei civil

² BATISTA JÚNIOR, Edil. O ilógico necessário: considerações acerca da crise da codificação jusracionalista. *Jus Navigandi*. Disponível na Internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=517>>. Acesso em 8/1/2004.

³ ADEODATO, João Maurício. O sério e o jocoso na ciência do direito – uma dádiva de Natal para o público jurídico. In: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível na Internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 5/5/2003.

codificada cristalizara um repositório de normas que se pretendia imutável e eterno. E, ao passo que evoluía a sociedade, cada vez mais afeita ao consumo de bens e serviços, e, por conseguinte, refém do poder econômico, tornava-se imperiosa a intervenção estatal para assegurar a prevalência do interesse coletivo. Daí, a Constituição de 1934 ter instituído oficialmente um novo modelo de Estado, ao regular a ordem econômica e social.

A era de segurança desenhada no Código Civil de 1916, degradingolava na Europa já desde a segunda metade do século XIX, cujo declínio somente veio a deitar reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20, do século passado. Então, pouco depois da promulgação do Código Civil, sucedeu que o legislador precisou fazer uso das leis excepcionais, que, eventualmente dissentindo dos preceitos dominantes no corpo codificado, não retiravam do Código o pretendido sentido de completude⁵.

Nesse passo, a partir dos anos 30, multiplicou-se o contingente de leis extravagantes no Brasil, falando-se mesmo em “orgia legiferante”⁶. A intensificação desse processo resultou na subtração e transposição de setores inteiros da atividade privada, compondo conjuntos de normas destinados à regulação integral e multidisciplinar daquelas matérias.

Porque a idealizada estabilidade da lei civil não condizia com a dinâmica das relações sociais, irrompeu-se a crise da codificação. Paralelamente, acionou-se a chamada constitucionalização do Direito Civil, processo que elevou princípios basilares do Direito Privado a *status* constitucional, sendo acolhidos como fundamentos de validade do ordenamento. Nessa ambiência, germinou uma nova forma de manifestação legislativa, através da edição de leis especiais, assim denominada “legislação de emergência”⁷, com o fito de atender às demandas contingentes e estruturais. E, num estágio mais avançado, intensificada a intervenção do legislador, foram subtraídos do Código

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

⁶ CAPELLETI, Mauro. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*. Apud TEPEDINO. *Idem*, p. 7.

⁷ TEPEDINO. *Idem.*, p. 5.

Civil setores inteiros, consubstanciados em universos normativos de conteúdo multidisciplinar e exaustivo. Inaugurada estava a “era dos estatutos”⁸. Esses diplomas não estão adstritos ao direito substantivo; ainda, no tocante ao seu espectro temático, estabelecem normas instrumentais, além de tipos penais e comandos administrativos. De resto, cuidam-se de leis definidoras de objetivos concretos.

Com a transposição das muralhas edificadas pelo sistema privado tradicional, inaugurou-se o Direito Civil brasileiro contemporâneo, imbuído de acertar o passo com as demandas do seu tempo - crise pressupõe superação, que se deve buscar na possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas.

A Constituição de 1988 veio, então, a convalidar essa opção legislativa, em favor dos estatutos.

2.2. O fenômeno da repersonalização do Direito Privado e a Constituição Federal de 1988

Com o advento do Estado social, fez-se constitucional a regulação da ordem econômica e social pelo Estado interventor. Uma ideologia calcada na justiça social e distributiva, materializada, no Brasil, pela Constituição de 1934: “sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas as suas vicissitudes, a pessoa humana”⁹. Assim, a constitucionalização do Direito Civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, constituiu a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudança de paradigmas por que passou o ramo, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem, alicerçada na primazia da dignidade da pessoa humana, importando sobremodo o seu desenvolvimento e realização, sobre as situações de cunho patrimonial. A postura assumida pelo legislador constituinte não descuro de assentar a tábua axiológica definidora do sistema, consubstanciada na prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, I e III), fundamentos da República, e na

⁸ TEPEDINO. 2001, p. 8.

⁹ LÔBO. Constitucionalização do Direito Civil Op. cit., passim.

adoção dos princípios da igualdade substancial (art. 3.º, III), e da isonomia formal (art. 5.º, § 2.º).

Ainda que inegável o forte cunho patrimonializante das relações civis, que têm entre seus principais institutos a propriedade e o contrato (modo de circulação daquela), deve-se ter em vista que a pessoa humana, em determinado momento, passou a figurar como pólo de relação jurídica. O desafio que se impõe aos civilistas é a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, como condição primeira de adequação do Direito à realidade e aos fundamentos constitucionais¹⁰.

A nova matriz axiológica do sistema subordina a categoria patrimonial à existencial, tendo como vértice do ordenamento o princípio da dignidade da pessoa humana, para o qual deve voltar-se toda a ordem jurídica contemporânea. O Direito Civil, por seu turno, é reconduzido à sua raiz antropocêntrica, desbancando o predomínio do ter sobre o ser, como condição de compatibilidade com os fundamentos constitucionais. Passou-se a considerar a pessoa em toda sua dimensão ontológica, não mais como mero titular de bens.

O ponto de confluência dessa tutela é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em cujo cerne se encontram a igualdade, a liberdade e a solidariedade, encerrando o valor reunificador da personalidade¹¹.

Como primordial fundamento da dignidade humana, manifesta-se o princípio da igualdade, que, se insuficiente do ponto de vista formal, segundo o qual "todos são iguais perante a lei", revela-se pleno no seu aspecto substancial, oriundo do aristotélico tratamento desigual dado aos desiguais.

Por seu turno, o princípio da liberdade, já desgarrado de suas fontes individualistas presas unicamente ao ideário da autonomia privada, significa, hoje, a possibilidade de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas, exercendo-as como melhor

¹⁰ LÔBO. Constitucionalização do Direito Civil. Op. cit., passim..

¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, passim.

lhe aprouver, apenas se lhe contrapondo, no que exceder, o princípio da solidariedade social.

Segundo Cláudia Lima Marques, “solidariedade é vínculo recíproco em um grupo; é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes”, e é também “a grande metanarrativa do direito pós-moderno.”¹²

O texto constitucional não se esquivava e apregoa, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendo por finalidade, inclusive, a redução das desigualdades sociais (art. 3.º, I e III). Ao fazê-lo, conclama os Poderes a uma atuação promocional, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie.

No que toca à contextualização do Direito do Idoso, na perspectiva da repersonalização, convém destacar o vaticínio de Maria Celina Bodin de Moraes¹³:

Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se, que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade. Do ponto de vista da ordem civil em sentido estrito, os resultados são também extensos e relevantes: enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isso, neste cenário, de um renovado humanismo, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos...”

De saída, quadra atribuir – a título de homenagem, inclusive – a expressão “travessia”, assinalada no título 2, ao inspirador civilista

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 186.

¹³ BODIN DE MORAES. 2003, p. 75.

Luiz Edson Fachin, na sua Teoria Crítica do Direito Civil, para quem o mote é indeclinável:

Ancorar nos princípios os fins fundamentais do Direito Civil, fundeando para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros¹⁴.

3. O reconhecimento do idoso como sujeito de direitos especial ou identificado e a proteção positivada

Pois bem, é chegado o ponto em que o Direito Civil constitucional, inspirado pela repersonalização, revela-se tanto mais apto a atender aos anseios sociais, após o advento dos microssistemas.

É que, a partir da promulgação do Estatuto do Idoso (Lei n.º10.741), ocorrida em 1.º de outubro de 2003, já se pode vislumbrar um microssistema emergente, que tende a se firmar como disciplina jurídica autônoma, tal como se deu com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

Nesse caso, não se pode falar em cochilo do legislador; pois que a edição do referido diploma foi enérgica e consentânea com a realidade que se anuncia: o *boom* do envelhecimento populacional.

Nas últimas décadas, houve um aumento expressivo na população idosa mundial. Isso se deve à diminuição das taxas de natalidade e mortalidade, e ao aumento da expectativa de vida. No Brasil, conforme projeções iniciais, a parcela de idosos deverá corresponder a 1/4 da população absoluta até 2050.¹⁵

O filósofo alemão Frank Schirrmacher, em sua teoria sobre a revolução dos velhos, já trata do tema como uma “catástrofe natural”, e alerta: “Nossa sociedade foi construída com base na expectativa de vida

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8.

¹⁵ IBGE. **Departamento de População e Indicadores Sociais**. Ver na Internet: ftp://ftp.ibge.gov.br/estimativas_projecoes_mortalidade_populacao/taxas_e_projecoes_1980_2050. Acesso em 16/1/2004.

do século XIX, quando apenas 3% da população vivia mais de 65 anos. A experiência de ficar velho é nova. Não estamos adaptados a isso.”¹⁶

E, se aos estudiosos do Direito está reservado o papel de vir depois – dêz que não lhes compete vaticinar sobre o destino da civilização, porque sempre exerceram e hão de exercer para o futuro, por fidelidade ao objeto de suas pesquisas e construções científicas, função eminentemente antiprofética¹⁷ –, outras áreas do conhecimento renunciaram que a humanidade está no limiar de uma revolução econômica, política e cultural, motivada por uma modificação demográfica radical: o envelhecimento da população.

Revelado, então, um fato social com tais proporções e tamanha expressão, cumpre à Ciência do Direito debruçar-se sobre ele, pelo que se proclama no dizer de Fachin: “As portas que se abrem a partir dessa mirada não se confinam aos ajustes da estaca legiferante. Não há portos de chegada quando a travessia é o método, embora haja, isso sim, paragens e estações a edificar e a compreender”¹⁸.

Mas a Constituição Federal, além de condicionar a validade de todo o aparato infraconstitucional à estrita observância da tábua axiológica assentada pelo Constituinte, contempla direitos e garantias do idoso em vários dispositivos, com destaque para o art. 230, que comete à família, à sociedade e ao Estado “o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003) veio para consolidar a legislação já existente acerca da matéria, especialmente a Lei Federal n.º 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), acrescentando outros tantos direitos e garantias aos que têm 60 anos ou mais. Reafirma a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à

¹⁶ SCHIRRMACHER, Frank. A ditadura dos jovens. Revista **Veja**, páginas amarelas, de 18/8/2004, p.14.

¹⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 63.

¹⁸ FACHIN. 2003, p. 333.

educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Em relevo, os seguintes dispositivos do Estatuto do Idoso, que enuncia o direito ao envelhecimento como de caráter personalíssimo, fazendo expressa menção ao gozo dos direitos fundamentais:

Art. 2.º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 8.º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta lei e da legislação vigente.

4. Algumas premissas metodológicas para a afirmação do Direito do Idoso como um microssistema

Verifica-se, em primeiro lugar, que os diplomas que compõem o arcabouço normativo do Direito do Idoso não se circunscrevem ao tratamento do direito substantivo. No seu âmbito temático de incidência, manejam dispositivos processuais, instituem tipos penais, assentam regras de Direito Administrativo, e estabelecem até mesmo princípios interpretativos. Disciplinam, assim, todo um setor, subtraindo institutos da clausura técnica que os separava de acordo com a relação gênero-espécie, ou de direito comum e especial. É dizer que normatizam exaustivamente toda a matéria relativa ao idoso. Além disso, há uma alteração substancial na linguagem empregada pelo legislador, que passa a ser menos jurídica e mais setorial.

O microssistema do idoso se erige, assinalando uma tendência legislativa iniciada na década de setenta, que utiliza instrumentos legais mais dinâmicos e versáteis, lançando mão de “minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao campo exclusivo do Direito Civil”¹⁹.

¹⁹ LÔBO. Constitucionalização do Direito Civil. Op. cit.

Assim é que se pode assinalar, como traços peculiares aos microssistemas, a linguagem setorial e a multidisciplinaridade.

Além disso, é observada uma profunda alteração na técnica legislativa, porquanto se tratam de leis que definem objetivos concretos. Uma legislação traçada sob metas, indo muito além da mera garantia de fixar regras estáveis para os negócios. O legislador instituiu as diretrizes da política de atendimento ao idoso, definiu as prioridades a serem observadas pelos programas habitacionais, nos transportes coletivos, saúde, trabalho e previdência etc.

Vale-se o Estatuto, outrossim, de cláusulas gerais, abrangentes, abertas, renunciando à técnica legislativa própria da codificação, que define os tipos jurídicos e os efeitos dela decorrentes. Cumpre ao intérprete inferir, da cláusula geral, qual o comando incidente sobre determinada situação, sobretudo as futuras, sequer cogitadas pelo legislador.

Ainda quanto aos objetivos dessas normas, o legislador não se limita a reprimir comportamentos indesejados – *e.g.*, as infrações administrativas e os crimes contra o idoso –, mas atua mediante incentivos, propondo vantagens aos destinatários das normas jurídicas, com finalidades específicas. É na função promocional do Direito, expressão cunhada por Norberto Bobbio²⁰, que se traduz o novo papel assumido pelo legislador.

Por fim, pensando o Direito do Idoso como um sistema, pode-se dizer que o Estatuto do Idoso é seu núcleo, e as demais leis infraconstitucionais que regulam a matéria gravitam em torno dele, por força atrativa, formando interseções, verificando-se uma influência recíproca.

Concebido o Estatuto como o centro desse universo legislativo, revela-se como mais um caractere dos chamados microssistemas o seu caráter contratual, fruto do debate com a sociedade, representada pelos grupos interessados, que negociam com o legislador, buscando a aprovação de normas que melhor atendam as demandas específicas, setoriais. Aqui, aparece nítida a distinção entre essa forma contratual de legislar e o legislador do Código Civil, que

²⁰ Apud TEPEDINO. 2001, p. 9.

elabora a norma em caráter geral e abstrato, com base no cidadão comum²¹.

5. Considerações finais

As linhas finais deste trabalho prestam-se, primeiro, a saudar os avanços doutrinários e legais conquistados em benefício do Direito do Idoso, e, sobretudo, em torno da pessoa idosa ou, pensando coletivamente, desse grupo social identificado.

Em segundo lugar, força reconhecer o mundo de contradições que aparta a norma legal libertadora da realidade social opressiva. Nessa liça, em que a grita pela sobrevivência torna opaco o ideal de dignidade, resta apelar para que as instituições políticas, jurídicas, sociais, empenhem ações com vistas à efetiva inclusão e proteção do idoso, sob pena de ver-se a lei reduzida a quimera.

Por último, é dizer que não resta melhor alternativa do que empreender essa grande e necessária transformação social, começando pela prática da cidadania, com o tónus da solidariedade. Conhecer e difundir o Estatuto do Idoso é um caminho promissor.

²¹ Idem, p. 10.

FILOSOFIA POLÍTICA EM HOBBS E LOCKE: CONFLITOS E SOLUÇÕES PARA UMA ADEQUADA ATUAÇÃO ESTATAL

A legitimação da propriedade privada no sentido de sua compatibilização com um adequado nível de bem-estar social. (*)¹

Karla Padilha Rebelo Marques

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco;
Professora da Universidade Federal de Alagoas e da Faculdade de Alagoas;
Promotora de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As idéias de Hobbes: O Estado como mecanismo inafastável de superação do ambiente natural de guerra. 3. Coesão social *versus* liberdade individual segundo Hobbes. 4. O Estado em John Locke. 5. A perspectiva de Locke sobre o Contrato Social e a legitimação estatal. 6. Contrapontos das filosofias políticas lockiana e hobbesiana. 7. À Guisa de Conclusão- Os contrastes que a experiência aponta. 7.1. O modelo da filosofia de Hobbes em confronto com a realidade atual. 7.2. Crítica à legitimação da propriedade no modelo proposto por Locke.

1. Introdução

O presente trabalho possui por escopo apresentar os delineamentos mais incisivos captados das teorias políticas esboçadas por Thomas Hobbes e por John Locke, levando-se em consideração, por certo, aspectos sociais e históricos que cuidam de distanciar a realidade que inspirou o pensamento político clássico europeu, nomeadamente ao longo do século VII, e a situação atual.

Em relação a Hobbes, o estudo inicialmente se prende a apontar para o enfoque conferido por ele ao Estado enquanto entidade indispensável, concebido a partir de um acordo artificial voltado à convivência pacífica entre os homens, sem que isso viesse a significar cerceamento total das liberdades humanas.

(*) Trabalho originalmente produzido para a cadeira de Filosofia do Direito do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

A análise, ainda que perfunctória, estende-se em direção ao estabelecimento de uma avaliação mais objetiva sobre a liberdade individual e a soberania estatal, de acordo com os argumentos filosóficos estruturados por Thomas Hobbes para a questão. Nesse sentido, serão delineadas reflexões sobre a idéia de limitação das liberdades individuais em face da idéia de bem comum, supostamente concretizável pela “mão” do Estado.

Já a abordagem da teoria política lockiana parte da idéia de um pacto social que se sobrepõe ao estado de natureza, no sentido de propiciar níveis aceitáveis de convívio humano, através da concepção de divisão de poderes estatais e do respeito aos direitos individuais.

São ainda traçadas considerações que apontam para o pensamento de John Locke sobre o controle dos poderes do Estado pelo povo, idéias essas que lhe renderam a indicação de precursor das revoluções liberais. O reforço da filosofia de Locke estaria, portanto, fundado na preservação das liberdades e dos bens individuais e na invocação de um Estado dotado de legitimidade enquanto tal.

A seguir, são estabelecidos contrapontos entre as idéias de Locke e Hobbes no que concerne à extensão dos poderes estatais em relação às atuações individuais. Demonstrar-se-á o maior elástico da liberdade de ação do particular sob a concepção lockiana, com supedâneo em idéias jusnaturalistas que legitimam a acumulação de riquezas e o direito de propriedade.

Feitas tais considerações, propõe-se o presente trabalho, em termos conclusivos, a analisar criticamente o pensamento de ambos os filósofos, dados alguns desafios que emergem da realidade atual.

Em Thomas Hobbes, intenta-se desconstruir a concepção do Estado enquanto elemento solucionador de todos os conflitos, a partir da perspectiva de uma realidade que aponta para desigualdades sociais idôneas a impor questionamentos quanto à legitimidade da imposição estatal de regramentos.

Dado o verdadeiro ambiente de guerra que não se deixa esvaír ante a intervenção da força estatal, a conclusão é no sentido de que o modelo idealizado por Hobbes, que aponta para um Estado centralizador e opressor não atende às expectativas sociais e, por

consequente, não se prestará a reduzir os conflitos e desigualdades que assolam a realidade contemporânea.

As conclusões também apontam para um Estado que somente se volta aos interesses das classes privilegiadas, para as quais torna-se conveniente a submissão a regramentos estritos fixados de cima para baixo, na medida em que se prestam a favorecer a manutenção do *status quo*.

Ao revés, para os excluídos, a imposição do modelo estatal apenas fomenta o retorno ao estado natural de guerra e discórdia concebido por Hobbes. Buscou-se, nesse diapasão e a título exemplificativo, destacar na atualidade o grupo dos sem-terra, que bem retrata o sentimento de rejeição ou indiferença em relação ao Estado instituído, porquanto não se identifica com os propósitos traçados pela máquina estatal.

A solução estaria, portanto, em se resgatar a legitimidade do Estado em relação às camadas hipossuficientes da sociedade, na medida em que o mesmo passe a atuar de molde a conferir estabilidade às relações humanas. Tratar-se-ia, assim, do retorno à legalidade sem que isso possa significar temor à espada, e sim, o resgate da crença de cada um nos ideários perseguidos pelo modelo estatal.

Em relação a John Locke, as proposições finais apontam para a necessidade de se interpretar adequadamente sua concepção de propriedade privada, no sentido de que a mesma só se pode legitimar na medida em que o labor individual somado ao que era coletivo no estado da natureza não elimine um mínimo suficiente para todos. Assim, nem mesmo o trabalho torna legítima a aquisição de propriedade em cenário impregnado de escassez.

Distorções no processo histórico de aquisição da propriedade, pressupondo-se partir de um ponto em que todos possuiriam iguais oportunidades de uso e exploração da terra, decerto cuidaram de deturpar a idéia de que o trabalho se constituiria no único elemento capaz de converter a propriedade coletiva em privada, mormente quando se tem em foco a tradicional prática da exploração do homem pelo homem.

Mais uma vez recorrendo-se ao movimento dos sem-terra, exsurge a questão da inadequada utilização da propriedade privada, dando ensanchas a sua expropriação em prol da coletividade. Tais idéias já se encontravam consolidadas no pensamento de Locke, o que demonstra que a propriedade não se justifica por si só, mas sua legitimidade há que ser conquistada ante o seu uso consentâneo com fins razoáveis.

O que emerge, afinal, é a necessidade de aproximação entre a lei, que reflete a vontade da maioria, e os ideários de concessão a todos de uma existência humana digna. Em reforço a tal desiderato, o próprio sistema idealizado por Locke, que prevê a separação dos Poderes e, portanto, o controle recíproco entre eles. Patente, nessa esteira de pensamento, o poder do povo, no sentido de destituir qualquer Governo que se distancie de seus ideários de promoção do bem-estar social.

2. As idéias de Hobbes: O Estado enquanto mecanismo inafastável de superação do ambiente natural de guerra

Partindo da idéia de que o mundo natural possui contornos não pacíficos², Hobbes aponta para o Estado como único instrumento de poder visível, idôneo a promover um ambiente de ordenação e equilíbrio, ainda que por temor aos castigos que podem ser infligidos aos desertores da lei e da ordem.

Não é outra a linha de pensamento que identifica na vida comunitária humana a indispensabilidade de obediência dos indivíduos a certas normas de comportamento escudadas por sanções de aplicação geral³. Em Hobbes, observe-se, a adesão interna dos indivíduos a tais normas de conduta não possui qualquer relevância. Isto porquanto o acordo moral é imposto pelo soberano de fora para dentro, de cima para baixo.

² RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental. A aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 275.

³ GIANNETTI, Eduardo. **Vícios Privados, Benefícios Públicos?: a ética na riqueza das nações**. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p.60.

A concepção hobbesiana do estado natural distancia-o da maioria dos filósofos políticos, já que não se defende uma disposição inata do indivíduo em viver em sociedade, senão quando a preservação da vida mostra-se ameaçada. É a busca desse acordo artificial⁴ que faz nascer o Estado. Outra peculiaridade observada em Hobbes consiste em sua defesa do poder absoluto e, ao mesmo tempo, em sua simpatia para com o pacto social⁵.

Observe-se, contudo, que tal poder concentrado e absolutista não possui o condão, como querem afirmar alguns, de cercear todos os níveis de liberdade do ser humano. A pretensão da imposição estatal implica em meio para que sejam cumpridos os pactos e respeitadas as leis da natureza, consistentes estas nos ideais de justiça, modéstia, piedade, equidade, dentre outros.

Um estudo mais acurado da filosofia hobbesiana nos aponta para seu intuito de identificar no Estado instituição que preserva, de modo iniludível, padrões de liberdade dos indivíduos, como adiante se verá. Hobbes insiste na indispensabilidade do ente estatal nos moldes propostos, apontando para a inexequibilidade dos pactos, ante a ausência da espada.

Os pactos, sem a força, não passam de palavras sem substância para dar qualquer segurança a ninguém. Apesar das leis naturais- que cada um respeita quando tem vontade de respeitar e fazer isso com segurança, se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.⁶

⁴ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. **Os clássicos da política**. Org. Francisco C. Weffort. Série Fundamentos. 1º vol. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 53.

⁵ Hobbes, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, XV, XVI.

⁶ Hobbes, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.127-8.

O Estado atuaria, assim, visando a garantir o sentimento de segurança. Sua ausência representaria, portanto, o caos, na medida em que cada um, para salvar a si próprio⁷, passaria a fazer uso da parcialidade, da vingança, do orgulho e de sentimentos análogos.

A perspectiva seria o absoluto insucesso se, ante a ausência de um organismo superior comum, cada um cuidasse de agir de acordo com seus próprios juízos, apetites e interesses particulares, em um nítido processo de neutralização de forças. Conclui, nesse sentido, pela impossibilidade de paz sem sujeição⁸.

Refere-se Thomas Hobbes à metáfora utilizada por Aristóteles quando aponta para as formigas e abelhas como animais políticos, por viverem em comunidade visando ao benefício comum, apesar da ausência de linguagem e de suas condutas se basearem linearmente em juízos e apetites particulares. Para tais culturas primitivas, nada obstante a peculiar e diversificada distribuição de funções, o bem comum se confunde com o bem individual, na medida em que a perseguição deste último acaba por resultar na obtenção do primeiro.

Nesse sentido, Hobbes delineia que a diferença básica entre tais comportamentos sociais e a convivência humana reside na competição diuturna, intrínseca à natureza humana, pela honra e pela dignidade⁹. Sua concepção laica¹⁰ não lhe permite falar na busca, através do Estado, da superação de um estado de pecado, mas sim, do

⁷ Observa Renato Ribeiro (2004, p.55) que, de acordo com Hobbes, “geralmente o mais razoável para cada um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um ataque possível: assim a guerra se generaliza entre os homens”.

⁸ O pensamento hobbesiano aponta para a premissa inabalável de que a opção pela guerra pode se mostrar como a mais racional ante a ausência do Estado. Cf. RIBEIRO, Renato Janine. 2004, p. 55.

⁹ Hobbes, 2002, p.129.

¹⁰ Sobre este aspecto, Leo Strauss não se refere a uma concepção propriamente laica. Apenas observa que, em sua trajetória, Hobbes cuidou de se afastar mais e mais da tradição religiosa, sobretudo quando concebeu o “Leviathan”. In STRAUSS, Leo. O Estado e a Religião. O pensamento político clássico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.

estado das paixões naturais, incluída aí a ânsia de poder, principalmente através da riqueza e da reputação¹¹.

Desse arcabouço de valores emerge, de modo inarredável, o ódio e a inveja e, em última análise, a guerra¹², o que não se verifica entre o universo dos animais irracionais acima apontados: Daí a importância da estrutura estatal, ainda que possa ser vista, num primeiro momento, como opressora e repressora das virtudes da liberdade criativa dos indivíduos.

De fato, o uso da razão torna o cenário da convivência humana único e muito mais complexo. O poder de julgamento das condutas do semelhante, aliado às diferenças de concepções, desejos e valores intrínsecos a cada ser humano, faz com que o processo natural de convivência não conspira em favor da paz, e sim da guerra¹³. Ademais, a argumentação e a retórica podem exercer papel fundamental capaz de transmutar, artificialmente, o que é bom como sendo mau e, de modo oposto, o que é mau com aparência do bem.

Nesse sentido, o acordo natural presente entre as sociedades animais acima referidas transmuta-se, no caso da convivência humana, em pacto artificial¹⁴, cujo perene adimplemento somente poderá se dar através de um poder comum que o mantenha em respeito, poder este identificado na autoridade estatal, ou Estado por instituição.

¹¹ Bobbio, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 58.

¹² A convivência em sociedade não seria, para Hobbes, algo natural como pressupunha Aristóteles, mas uma necessidade, ante a tensão inerente à convivência humana. RIBEIRO, Renato Janine. 2004, p. 57.

¹³ Anne-Laure Angoulvent observa que duas opções podem advir da convicção de todos do horror da guerra: ou legitimá-la, ou interrompê-la pelo direito. A autora identifica em Hobbes, como realista que foi, uma visão lúcida e diabólica da guerra: para ela, enxergar o mal não significa necessariamente criá-lo. Ver **Hobbes e a moral política**. Trad. Alice Maria Cantuso. São Paulo: Papyrus, 1996, p.11-2.

¹⁴ Interessante a observação de Anne-Laure Angoulvent (1996, p.12) no sentido de que o pacto social, em Hobbes, ao contrário de Maquiavel, não se constitui em um golpe de Estado, mas na instauração de um poder que está faltando.

3. Coesão social *versus* liberdade individual segundo Hobbes

O cerne da questão envolve a aferição dos pontos de contato e divergência entre a liberdade individual e a soberania, legitimada esta pela inexistência de coesão social no estado de natureza. Nesse diapasão, Hobbes argumenta que o homem age livremente, ainda que sob a autoridade estatal. Atua assim de acordo com sua vontade ainda quando só o faz por temor à reprimenda que lhe pode ser imposta em face do descumprimento da lei.

A idéia de Hobbes é de que o indivíduo poderia, malgrado o “apelo” decorrente da coerção estatal, atuar ao arrepio da lei. Nesse sentido, identifica em sua conduta certa margem de liberdade ou discricionariedade, ainda que não com os contornos presentes na liberdade ampla e irrestrita em seu estado natural.

Não se pode descurar, ainda, que a atuação estatal como agente limitador¹⁵ e, por que não dizer, opressor, apóia-se no discurso da manutenção da paz social e, sobretudo, na defesa intransigente dos direitos individuais. Nesse sentido, observa **Júlio Bernardes**¹⁶ que o Estado, no modelo proposto¹⁷, possui como um dos papéis basilares a apresentação de “razões sensíveis” que possam influir na decisão de cada indivíduo e, por conseguinte, na consecução de sua vontade.

Trata-se, de modo iniludível, de uma liberdade mitigada, comparável “à liberdade que um prisioneiro tem de mover-se dentro da cela”¹⁸.

O cenário não é, contudo, tão cinzento quanto parece. A filosofia hobbesiana identifica, nesse contexto, a presença do que

¹⁵ “O contrato civil em que se baseia o Leviatã contém uma obrigação que é o comprometimento pelo qual cada um renuncia a usar seu direito e sua liberdade natural”. ANGOULVENT, Anne-Laure. 1996, p.58.

¹⁶ BERNARDES, Júlio. **HOBBS e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 25.

¹⁷ A propósito, Leo Strauss (2003, p.91) observa que Hobbes teria sido, ao longo de toda sua vida, legítimo defensor do modelo monárquico e, por conseguinte, opositor do modelo democrático. Tal referência se justifica, por certo, em razão do contexto histórico que vigorava na Europa, sobretudo ao longo do século VII.

¹⁸ BERNARDES, Júlio. Idem, p. 25.

denomina liberdade civil. Tal idéia consiste na liberdade que se desenvolve nos espaços em que há ausência de leis¹⁹. Afinal, dada a diversidade e complexidade das relações humanas, não pode o legislador atuar em todas as esferas, ocupando todos os espaços. Nesse ambiente de liberdade plena não haverá, portanto, lugar para influências externas na deliberação ou na vontade humanas em direção tanto à ação quanto à omissão.

Hobbes, no *De Cive* chega a afirmar que:

[...] forçosamente haverá um número infinito de casos que não são ordenados, nem proibidos, mas nos quais cada um pode fazer ou deixar de fazer o que bem entender. Nestes, diz-se que cada qual goza de liberdade, e é neste sentido que sabe deve entender liberdade nesta passagem, a saber, como aquela parte do direito de natureza que é reconhecida e deixada aos súditos pelas leis civis.²⁰

A liberdade privada, decorrente da própria liberdade natural, ocupará, assim, os espaços que não atinjam o bem comum, isto é, o bem público, quando então a vontade estatal se sobrepõe ao interesse individual. Aliás, tal liberdade mitigada mostra-se igualmente indispensável à consecução do bem comum na medida em atua como mola propulsora do desenvolvimento social.

O silêncio da lei atuará, portanto, como a aquiescência estatal para o exercício da liberdade individual, sem as amarras diretas do poder soberano.

Por outro lado, o indivíduo necessita da atuação estatal para legitimar sua conduta e, assim, proteger seus direitos individuais. Caso contrário, estaria em permanente ameaça ante os outros indivíduos²¹, em hipóteses onde pudesse haver colisão de interesses. Nesse sentido,

¹⁹ Para Hobbes, "Com respeito às outras liberdades, dependem do silêncio da lei. Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, de acordo com seu entendimento". Hobbes, Thomas. 2002, p.165.

²⁰ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo, Martins Fontes, 1992.

²¹ Nas palavras de Anne-Laure Angoulvent (1996, p.18), "o medo e a manutenção dos indivíduos dentro deste sentimento de medo são os motores indispensáveis de toda vida comunitária".

a indispensabilidade do Estado para a consecução dos fins coletivos e particulares decorre tanto da ausência da lei, para o desfrute pleno da liberdade civil, quando da sua eficácia, para a garantia e defesa dos próprios direitos individuais.

Observe-se, nada obstante, que Hobbes não concebe um Estado compatível com a liberdade plena e incondicional de cada indivíduo²², até porque, segundo ele, o livre jogo das vontades de grupos integrantes da sociedade civil compromete a própria soberania estatal, a qual, para sobreviver, também necessita de liberdade de atuação e autonomia.

De se ressaltar, ainda, que a concepção hobbesiana de liberdade baseia-se em conceitos cinéticos- ausência de oposição de obstáculos- o que dispensa, em um primeiro momento, qualquer investigação no campo da moral ou da ética.

Ao contrário do que é apontado por boa parte dos filósofos e sociólogos contemporâneos, a filosofia política hobbesiana não se mostra incompatível com os modelos de Estado hodiernamente vigentes²³. Guardadas as devidas alterações terminológicas e as mudanças contextuais e históricas, é possível se adaptar boa parte dos conceitos de Hobbes aos sistemas modernos de governo.

Desse modo, o homem sempre estará jungido a dois pólos básicos: De um lado, encontra-se obrigado perante seu semelhante na

²² “Para obter a qualidade de cidadão, o homem natural abandona ao Estado racional sua liberdade natural em favor de uma liberdade sob a forma de segurança; abandona sua liberdade natural em favor da permanência e da distinção sob a forma de propriedade; e abandona sua liberdade natural em favor da autonomia sob a forma de responsabilidade”. ANGOULVENT, Anne-Laure, *idem*, p.65.

²³ “O reconhecimento da necessidade de ordem social e, por extensão, do pacto social (como primeiro instrumento jurídico), cuja teoria nasceu com a maioria dos escritos sobre política clássica, inscreve-se na grande idéia do momento. O principal fundamento desta teoria permanece imutável: o homem é por natureza lobo para o outro homem. Por esta afirmação, Hobbes coloca-se na base dos debates do contratualismo moderno”. ANGOULVENT, Anne-Laure, 1996, p.23.

condição de pactuante e, perante o soberano, na condição de alguém que outorgou poderes de ordenação e representação²⁴.

Afinal, em última análise, as decisões do Estado, qualquer que seja o contexto, são de obediência coercitiva pelos cidadãos, ainda que possam contrariar seus interesses particulares. Ademais, a inafastabilidade da existência de leis e, por conseguinte, de um ou mais governantes em toda e qualquer sociedade hodierna²⁵ demonstra sua utilidade para a consecução do bem comum. Hobbes contesta, isto sim, os extremos, na medida em que o termo ideal encontra-se na compatibilidade entre o bem comum e o bem individual.

Isso porquanto o regramento excessivo leva ao refreamento e obstaculização das liberdades humanas, ao passo que a ausência de limites inviabiliza a produção do bem comum. O tamanho do Estado e, por conseguinte, da legislação por ele instituída, deve ser compatível com as necessidades reais de regramento da convivência social.

Para Hobbes, como já dito, o homem é livre quando não é impedido de fazer o que deseja. Nesse sentido, desfruta da mesma liberdade tanto aquele que se submete aos regramentos em face de uma máxima da razão quanto aquele que o faz por temor sancionatório. Observe-se, nesses critérios, verdadeira contradição na esfera da moral. Entretanto, pode-se falar, em ambas as hipóteses, na liberdade de ação, já que, de fato, pode o indivíduo optar livremente pelo descumprimento da lei. O papel do Estado, neste contexto, será o de minimizar o risco de que a violação à lei possa ocorrer.

²⁴ Há ainda uma outra dualidade inerente à natureza humana, decorrente do estado de tensão entre o homem e seu meio exterior, o que resulta na própria justificação do contrato social, como único meio para transformação da guerra em paz. ANGOULVENT, Anne-Laure. *Idem*, p.14.

²⁵ Segundo Franklin Baumer, o que Hobbes pretendia era, justamente, evitar a anarquia e, assim, conceder a segurança que, a seu juízo, somente poderia ser obtida através da autoridade soberana. Cf. BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Volume I. Séculos XVII e XVIII. Coleção Perfil. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, p. 125.

A propósito, em diversas passagens, Hobbes²⁶ chega a afirmar que nenhuma ação humana é totalmente livre, porquanto não é derivada de uma vontade incondicionada, e sim, apresenta-se condicionada pela ordem causal da natureza. Não haveria, portanto, um abismo entre o domínio da ação e os domínios dos eventos naturais.

4. O Estado em John Locke

Para Locke, a transmutação do estado de liberdade natural em prol da instauração de um corpo político somente se pode dar através do livre consentimento. A partir daí, todos se submetem às deliberações da maioria, que substitui a vontade de todos, de modo legítimo: Este o pacto original, que se sobrepõe ao estado de natureza e, nesse sentido, impõe limites à liberdade em seu estado anterior à instauração da sociedade.

Só assim se poderia atingir níveis de estabilidade no convívio humano, considerando-se a diversidade e contraposição de interesses que o permeiam e, em última análise, a paz social. A propósito, Locke vislumbra no estado de natureza²⁷, anterior ao pacto social, um estado essencialmente pacífico.

De acordo com a concepção lockiana, é a instituição do convívio social (Estado Civil), através do contrato, que impõe ameaças a um ambiente de paz. Nesse sentido, surge a necessidade de um terceiro, equidistante e isento, que venha a julgar as lides e os conflitos imanentes à convivência em sociedade.

Entretanto, tal autoridade, fundada na proteção dos direitos naturais, não pode se contrapor à lei natural. Mostra-se legítima, portanto, a oposição dos cidadãos em face da exarcebação de poderes em relação ao consentimento que foi outorgado aos magistrados pelos particulares, consubstanciado no arcabouço legal vigente. O abuso de poder equivale, nesse sentido, ao uso da força e carece, portanto, de qualquer legitimidade.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Liberty and Necessity**. Org. Sir William Molesworth. Londres, John Bohn, 1996.

²⁷ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. **Os clássicos da política**. Org. Francisco C. Weffort. Op. cit., 2004, p. 85.

Caso se pudesse condensar o pensamento filosófico de John Locke acerca do Estado Civil, tal reflexão recairia, necessariamente, na sua idéia de que o estado instituído não possui outra finalidade senão assegurar a proteção e defesa dos direitos naturais²⁸ e, nunca, de os suprimir ou desconfigurar. Observe-se que Locke não entende tais direitos naturais como inatos, ou seja, não se encontram de modo pré-concebido na mente humana. Entretanto, são de fácil apreensão através do uso da razão.

5. O Contrato Social e a legitimação estatal segundo Locke

Apesar de recusar, peremptoriamente, qualquer influência recebida de Hobbes, John Locke contesta as idéias de Robert Filmer, de formação neo-hobbesiana, sobretudo no primeiro²⁹ dos dois Tratados sobre o Governo Civil. Combatendo qualquer idéia de direito divino dos reis, Locke busca investigar as origens do governo no estado natural, já que trabalha, à exaustão, conceitos jusnaturalistas em suas idéias de filosofia política.

Mais precisamente no Segundo Tratado, Locke, com visão otimista, aponta para um estado natural pacífico, com homens felizes e iguais; nada obstante vislumbre essa felicidade e igualdade sobretudo no campo teórico. Isso porquanto a própria evolução social implicava, na prática das relações sociais, em infração de direitos recíprocos, pelas pessoas conviventes.

²⁸ Gough insiste em observar que, para Locke, a propriedade, como instituição que sempre existiu no estado de natureza, não devia sua existência à sociedade civil, tendo o governo como tarefa primordial preservá-la intocada. GOUGH, J.W. A teoria de Locke sobre a propriedade. Trad. Ana Maria Sallum. **O pensamento político clássico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 197.

²⁹ Trata-se, em verdade, de uma refutação à obra "Patriarcha, or The Natural Power of Kings", em que Filmer defendia o direito sucessório dos reis a partir de Adão, com base no princípio da hereditariedade. Ver MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. **Os clássicos da política**. Org. Francisco C. Weffort. Op. cit., 2004, p. 84; GOUGH, J.W. Op. cit., 2003, p. 215; BAUMER, Franklin L. Op. cit., 1977, p. 128-9; RUSSELL, Bertrand. Op. cit., 2001, p. 310.

O exercício e conseqüente fruição dos direitos naturais pelos homens reclamava, por conseguinte, um elemento de coerção. Surge aí a necessidade do contrato social, outorgando-se ao Estado uma estrutura de segurança, sem a qual não se pode promover a garantia e proteção dos direitos. Nesse diapasão, assegura Locke que, ainda que se aponte para tal solução como uma restrição na liberdade teórica, tem-se um incremento da liberdade real individual.

A liberdade natural do homem nada mais é que não estar sujeito a qualquer poder terreno, e não submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, tendo como única regra apenas a lei da natureza.³⁰

E em que se funda a legitimação da autoridade estatal? Justamente no assentimento dado pelo povo, através do Contrato Social. Entretanto, Locke, em várias passagens, destaca a limitação dessa autoridade pelos parâmetros legais, asseverando que a exacerbação do poder conferido pela lei ao Estado, com violação dos direitos individuais, resulta, em última análise, na deslegitimação de tal poder, passível de imediata recusa pelo indivíduo, ainda que através de métodos revolucionários. Decerto por tais idéias Locke é continuamente apontado como precursor, no campo da filosofia política, das revoluções liberais.

A liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento da comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado.³¹

Locke identifica o ônus estatal na defesa de ideais irrenunciáveis como: vida, liberdade, igualdade e propriedade, além do que implica em excesso não autorizado de modo legítimo. O movimento liberal deitou raízes, portanto, nas idéias lockianas, com o florescimento do individualismo e dos movimentos que o

³⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 35.

³¹ LOCKE, idem, p. 35.

disseminaram, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa³².

A filosofia de John Locke funda-se no governo com supedâneo no consenso, em oposição ao governo despótico. Apóia seu pensamento, portanto, numa sociedade cujos indivíduos tenham por fins precípuos a preservação das liberdades e dos bens individuais, cenário em que um Estado arbitrário representa mais ameaça do que garantia.³³

Nesse diapasão, o esforço argumentativo de Locke envereda pelo questionamento sobre quem possui, de fato, o direito de gerir os destinos de um povo: este o verdadeiro fundamento da legitimidade do poder. Vai ainda mais além, quando autoriza que os cidadãos que se julguem submetidos a um governo tirânico a resistir³⁴ ou mesmo a exercer, legitimamente, a desobediência civil que representaria, de algum modo, um retorno ao estado de natureza.

A idéia de pacto social emerge do pensamento desse filósofo político como o consectário do abandono do estado natural em favor da formação de uma comunidade, permeada de vínculos típicos de uma sociedade civil³⁵. Refere-se igualmente à *regra da maioria*, da qual emerge a abstração perfeitamente aceita de que, uma vez instituído o corpo político, há que se tomar as decisões da maioria como se fossem decisões do todo. Utiliza-se de leis físicas da mecânica para fortalecer seus argumentos:

Ora, apenas o consentimento dos indivíduos leva a comunidade a agir, e é necessário, para que um corpo se mova em certo sentido, que o faça movido

³² STRATHERN, Paul. **Locke em 90 minutos**. Tradução de Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 31-2.

³³ BOBBIO, Norberto. 2. ed. **Locke e o Direito Natural**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p.156.

³⁴ Tal direito de resistência, conferido ao povo na hipótese do exercício ilegal do poder pelo ente estatal, constituiu-se em verdadeiro "fermento" para as revoluções liberais que se sucederam. MELLO, Leonel Itaussu Almeida. 2004, p. 87-8.

³⁵ Locke (2002, p.148) afirma textualmente: "A razão básica que leva os homens a se juntarem em sociedade é a preservação da propriedade".

pela força maior, ou seja, a do consentimento da maioria.³⁶

Observe-se que Locke sempre recorre ao jusnaturalismo na raiz de seu pensamento, como se as leis naturais pudessem justificar, de modo absoluto, a necessidade de estabelecimento da regra de maioria, acima referida. Aí estariam, segundo Bobbio, fortes sinais de ética natural no trabalho de Locke.³⁷

Fala-se, assim, em um contratualismo intermédio³⁸ na filosofia de Locke, sendo que o direito de liberdade nasce anterior ao pacto como condição *sine qua nom* para sua feitura. Estaria na projeção dessa liberdade inata, por conseguinte, o próprio fundamento da propriedade³⁹, como adiante se verá.

6. Contrapontos das filosofias políticas lockiana e hobbesiana

Partindo-se dos direitos naturais do homem, Locke e Hobbes constroem a concepção de Estado fundada em modelos bastante diversos, ainda que, em alguns pontos, congruentes. A criação da sociedade civil, para o autor de *Leviatã*, pressupõe a renúncia, pelos particulares, de seus direitos naturais de modo quase absoluto, excetuando-se aí o direito à vida. Ao revés, para Locke, tal renúncia abrange unicamente o direito de fazer justiça com as próprias mãos, já que tal atribuição restou conferida ao Estado, como ente equidistante das partes.

Nesse sentido, nada mais elucidativo que o próprio texto de Locke:

³⁶ Locke, 2002, p. 76.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 1997, p.222.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p.649.

³⁹ Gough (2003, p.198-9) observa que a filosofia política de Locke concebe a propriedade não como criação do Estado, mas este, sim, como ente criado com o intuito maior de protegê-la, razão pela qual se diria ilegítima qualquer expropriação sem a aquiescência de seu titular, inclusive no que se refere aos impostos.

Por fim, concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que devem certamente ser grandes, se os homens têm de ser juízes em causa própria. É fácil imaginar que quem foi bastante injusto para se tornar capaz de causar dano a um irmão dificilmente será justo o bastante que condene a si mesmo por isso.⁴⁰

De tais percepções filosóficas extrai-se que o poder estatal hobbesiano cria-se escudado em um poder menos submetido a amarras ou limitações⁴¹. Já para Locke, o espaço de atuação individual desconectado de qualquer interferência do Estado mostra-se bastante expandido. Não cabe à instituição do poder civil, portanto, intervir em questões econômicas dos cidadãos, que seriam resolvidas, assim, com base nas leis naturais que regulam a economia: Inarredável, nesse sentido, o espírito de estado liberal lockiano.

O Estado lockiano reforça, portanto, a defesa dos direitos naturais, porquanto imanentes à natureza humana e, dessarte, inalienáveis e invioláveis, insuscetíveis de restrições pelo poder civil, este sim, limitado a leis estabelecidas e permanentes. Tal concepção jusnaturalista evidencia que as leis positivas nada mais são do que leis secundárias e instrumentais, já que seu conteúdo emerge das próprias leis naturais e sua finalidade não é outra senão garantir o adequado adimplemento das imposições da natureza.

Locke vai mais além, refutando quaisquer leis com conteúdo efêmero e casuístico, já que as normas positivas devem ser genéricas e abstratas, o que consubstancia os princípios da legalidade e da igualdade entre os homens, garantindo-se, de modo eficaz, a segurança jurídica.

⁴⁰ LOCKE, 2002, p. 28.

⁴¹ Nesse sentido, de se contestar a idéia hobbesiana de que a autoridade do Estado não sofre prejuízo em sua legitimidade, nada obstante se encontre baseada na usurpação. Igualmente objetável sua idéia de que o soberano deve permanecer imune a qualquer submissão legal ou prestação de contas perante seus súditos. Cf. STRAUSS, Leo. 2003, p. 100-1; RUSSELL, Bertrand, 2001, p. 276.

Ainda em consonância com o ideário burguês, a propriedade⁴² resta defendida por Locke de modo absoluto. Nesse sentido, pode-se chegar à ilação de que sua teoria arrima-se em um poder político posto a serviço do poder econômico, o que pressupõe a legitimação da acumulação de riquezas.

Os limites do poder do governo civil resultariam, para Locke, de um segundo pacto (pacto de submissão), em que seria efetuada, pela sociedade organizada, delegação de poderes com estabelecimento das condições sob as quais pode-se falar em poder legitimamente exercido⁴³. Hobbes, por seu turno, cinde os dois pactos em um só, em verdade, uma espécie de contrato em favor de terceiros, nas palavras de Bobbio.⁴⁴

A propósito, Locke utiliza-se do termo *confiança* para expressar o cerne da relação entre o povo e os detentores do poder político. Aduz ainda que os Estados não nascem, necessariamente, de conquistas revolucionárias, podendo derivar, portanto, de um acordo voluntário. Estabelece, por fim, uma distinção entre aqueles que aquiesceram expressamente na instituição do Estado e aqueles que assim se encontram de modo tácito, por aquisição de propriedade, por exemplo. Nesse último caso, seu vínculo de submissão ao Estado cessa automaticamente com a extinção de sua propriedade localizada no território desse mesmo Estado.

⁴² Afirma Locke textualmente: “O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade”. E ainda: “A razão básica que leva os homens a se juntarem em sociedade é a preservação da propriedade”. Ver LOCKE, John. 2002, p. 92; 148.

⁴³ Para Leonel Mello, em Locke, o contrato social constitui-se em um “pacto de consentimento”, ao passo que, em Hobbes, tal contrato corresponde a verdadeiro “pacto de submissão”. MELLO, Leonel Itaussu Almeida. 2004, p. 86.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. 1997, p. 226.

7. À Guisa de Conclusão: Os contrastes que a experiência aponta

7.1- O modelo da filosofia de Hobbes em confronto com a realidade atual

O Estado na concepção hobbesiana encontra-se, como já visto, fundado na idéia de soberania, vista esta como poder acima do qual não se é possível imaginar qualquer outro. Hobbes identifica ainda no ente estatal a representação da vontade dos cidadãos a ele subordinados, em nome da qual se justifica sua atuação⁴⁵.

Por fim, aponta para o Estado como elemento regulador da vida econômica, idôneo a traçar as diretrizes necessárias à adequada e pacífica convivência social.

Entretanto, transportando a filosofia política de Hobbes para os conflitos humanos atuais, desperta-nos a idéia de que a solução ou “modelo” pacificador apontado e imposto pelo Estado como *ultima ratio* não inspira no homem, de modo natural, a noção de coercibilidade, na medida em que as gritantes divergências sociais e econômicas percebidas no contexto social, sobretudo nos países terceiromundistas, desmitificam a concepção de um poder hegemônico inafastável e “protetor” dos indivíduos.

Cai por terra, portanto, a idéia de que as decisões tomadas pelo poder soberano seriam impassíveis de contestação, contendo em si mesmas a garantia de sua correção e justeza⁴⁶.

A disputa pela honra e pela reputação, inerente ao homem em sociedade, tema, aliás, recorrente na filosofia hobbesiana, tende a criar severas diferenças de níveis de poder entre os ocupantes das diversas camadas sociais, problema este que hodiernamente se vê agravado, sobretudo nos contextos políticos onde se verificam elevados índices de injustiças e desigualdades sociais e econômicas.

A lógica que nos salta aos olhos aponta para o fato de que a luta pela manutenção do *status quo* dos detentores do poder atrai, a despeito da presença do Estado, o estado de guerra. Frustra-se, portanto, na prática, a máxima de que os homens são, em sua essência,

⁴⁵ LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p.7.

⁴⁶ GIANNETTI, Eduardo. 1993, p. 86.

iguais em direitos e obrigações. Haveria, nesse sentido, maior virtude naqueles melhor aquinhoados no cenário social?

Pode-se ousar falar, assim, de uma sociedade em estado de guerra iminente ou potencial, porquanto eivada de flagrante instabilidade política, que só fragiliza o ente estatal e torna vulneráveis as relações interpessoais. Nesse caso, a opção por um modelo de Estado ainda mais “forte” e opressor, mesmo que possa significar, numa superficial análise, o arrefecimento dos conflitos, através do uso da mão armada, representa, isso sim, um retrocesso no processo histórico e social, na medida em que se perde o paradigma do Estado legítimo e puro- se é que tal conceito, de fato, algum dia pôde assim ser concebido.

O que se observa, portanto é que, a despeito da imposição do Estado como única alternativa possível de se perseguir a pacificação social, à medida que se traduz na efetiva possibilidade de imposições sancionatórias como refreamentos aos comportamentos desviantes, simbolizados pelo medo, os conflitos e o clima de desobediência civil têm assumido proporções avassaladoras, na contramão das expectativas.

Afinal, a estratégia do temor como inibidor de condutas dissonantes com os regramentos do contrato social somente funciona para os considerados incluídos, quais sejam, aqueles que, de algum modo, vêem-se contemplados com uma fatia do bolo. Para estes, justifica-se a obediência às regras do jogo como forma, inclusive, de verem preservadas suas prerrogativas dentro do contexto social.

Por outro lado, quando se trata de parcela considerável da população verdadeiramente excluída socialmente, desaparece a eficácia de tal mecanismo de contenção, na medida em que ausentes quaisquer expectativas que possam justificar uma relação de subordinação e obediência: Para estes, parece-nos que as regras passam a ser bem outras, porquanto muito mais próximas do modelo hobbesiano em sua concepção de estado natural (ou estado de guerra), onde se mostrava patente a luta incondicional do homem contra o homem.

Esta, em última análise, a realidade brasileira. Movimentos como o dos sem-terra, abstraídos quaisquer desvios em sua composição ou lideranças, bem demonstram que o estado de guerra está mais próximo do que se poderia imaginar: O sentido de soberania

estatal já não ecoa naqueles grupos, movidos que estão por um sentimento de quase-anarquia, de ausência de subordinação em relação ao poder imposto, da criação de novos signos e símbolos, quiçá de um poder paralelo, disposto, efetivamente, a encontrar novos meios de mudança da realidade social, realidade esta que não parece próxima de ser modificada pelo processo normal em que se vem conduzindo o Estado brasileiro.

Poderíamos falar assim, ainda de empréstimo da filosofia de Hobbes, que o homem das camadas sociais inferiores, sobretudo nos países periféricos como o Brasil, estaria voltando a atuar muito mais movido por suas paixões (no sentido filosófico do termo) que se voltam para a guerra, já que não mais aceita passivamente o modelo imposto pelo Estado, nem mais vê nele o seu protetor, até porque não identifica nenhuma situação anterior sua de privilégio que necessite de tutela e proteção.

A posição de Eduardo Gianetti, a propósito, traz elucidativas observações sobre a questão. Senão vejamos:

Por maior que seja a força coercitiva da autoridade constituída, nenhuma lei ou poder soberano consegue sustentar-se se não existe a indiferença ou uma aceitação difusa e um sentimento popular que os legitimem. O fracasso da Lei Seca dos Estados Unidos e a deposição do xá do Irã em 1979 são exemplos claros disso⁴⁷ (sic).

A lógica do comportamento do homem não se funda no medo do Estado, e sim, em sua própria luta pela sobrevivência, no medo da sua própria extinção, insuflado pela frustração e insatisfação decorrente do afastamento de sua realidade de qualquer ideal de justiça, nos termos apregoados de forma falaciosa pelos detentores do poder. Hobbes explica perfeitamente tal fenômeno quando identifica no homem em seu estado natural a expectativa de poder obter para si o mesmo que os outros⁴⁸, na medida em que se reconhece como

⁴⁷ GIANNETTI, Eduardo. 1993, p. 87.

⁴⁸ "Observa-se que a natureza fez os homens tão iguais, no que se refere às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem visivelmente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e

semelhante em natureza, investido assim das mesmas capacidades de corpo e de espírito dos seus “iguais”.⁴⁹

Instaurada, portanto, mais do que nunca na sociedade neo-liberal em que vivemos, a máxima da guerra, ainda que a mesma possa hoje se consubstanciar de modo diverso daquele imaginado por Hobbes. O fato é que os mecanismos fomentadores da discórdia se encontram impregnados no seio social de modo contundente, difícil de serem extirpados ou ao menos controlados, apesar da falsa impressão de paz contida no discurso oficial, em face, sobretudo, do engessamento dos mecanismos de mobilidade social pela via pacífica.

Doutra banda, pode-se igualmente identificar, ainda na esteira do pensamento de Hobbes, o sentimento da “desconfiança” emergente das camadas contempladas socialmente⁵⁰. Trata-se aqui de um temor às avessas, agora não em face do Estado, mas do próprio homem, que se apresenta como ameaça e inimigo, porquanto interessado em lhe subtrair poder, bens e direitos de que se julga legítimo detentor. Nesse sentido, a guerra hobbesiana pode aí advir como antecipação ao eventual ataque que se possa vir a sofrer, uma espécie de “legítima defesa putativa”, fomentada pela inimizade e espírito de disputa e competição.

Urge, portanto, que seja instituído um contrato idôneo a conferir, efetivamente, estabilidade às relações sociais, e, apesar de jurídico e, portanto, instituído artificialmente e ancorado em um poder estatal, não signifique a amputação da crença na legitimidade do poder soberano do Estado, dadas as circunstâncias de fato.

Para tanto, é preciso que se restaure a identificação de todo cidadão com os ideais apregoados na ordem estatal voluntariamente posta e afinal imposta, tudo para que este mesmo cidadão não se

outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com razão nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele”. Hobbes, 2002, p. 96.

⁴⁹ LIMONGI, Maria Isabel. 2002, p. 21.

⁵⁰ Eis o pensamento de Hobbes: “Na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros visando lucro. A segunda, a segurança. A terceira, a reputação.” Hobbes, *idem*, p. 97.

conduza como autômato em obediência aos ditames legais pela ameaça da espada. Observe-se que a situação atual retratada não apresenta apenas discordâncias pontuais em relação às condutas do Estado, mas verdadeira constatação de sua deslegitimação enquanto ente investido de soberania.

Ainda que, em qualquer caso, a autoridade estatal possa parecer juridicamente incontestável e legítima, a má atuação do Estado acaba por fomentar a indústria da guerra e da discórdia, levando, em última análise, a sua própria implosão, porquanto deixou de adimplir adequadamente seu mister, afastando-se das leis da natureza.

O mau governo, nesse sentido, frustrou seu ideário de convencer os homens da importância de adesão ao plano jurídico das relações civis, sucumbindo em verdadeira falência.⁵¹ O contratualismo hobbesiano, que prega um Estado forte, onde a lei⁵² representa a justiça e o monarca, o justo⁵³, já não mais simboliza a superação do estado de caos, senão seu recrudescimento.

Fomenta-se, assim, junto às classes hipossuficientes social e economicamente, o exercício arbitrário das próprias razões, ante o descrédito da figura do Estado enquanto solucionador de conflitos e instrumento de realização de suas aspirações e, por conseguinte, operador da paz. E, observe-se, tal situação de caos passa a se instaurar através de grupos organizados e muito mais cômicos de seus legítimos direitos do que se pode imaginar no estado natural retratado por Hobbes. O movimento é, assim, cíclico e de verdadeiro descredenciamento do Estado para o legítimo desempenho de seu papel institucional, mas se apresenta agora com nova roupagem.

⁵¹ LIMONGI, Maria Isabel. 2002, p. 56.

⁵² Anne-Laure Angoulvent (1996, p.25) atenta para a necessidade de que a lei, escrita ou não, permaneça "a serviço de uma causa nobre: sair do estado de guerra, assegurar a continuação do estado civil e fazer com que a linguagem não se torne apenas retórica, servindo aos maus interesses ou servindo a uma causa nociva, permitindo o reaparecimento do estado de guerra".

⁵³ REALE, Miguel. 1998, p. 648.

7.2 Crítica à legitimação da propriedade no modelo proposto por Locke

De acordo com a concepção lockiana, todos os direitos têm início com os interesses da propriedade individual decorrentes do esforço do trabalho⁵⁴. Partindo do pressuposto válido de que todos os homens nascem livres⁵⁵, decorre tal liberdade, por conseguinte, da igualdade imanente no estado de natureza.

A ilustração do próprio Locke delinea magistralmente tal cenário, quando identifica o estado de igualdade como aquele em que:

[...] ninguém tem mais do que qualquer outro; nada há, pois, de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, todas aquinhoadas aleatoriamente com as mesmas vantagens da natureza e com uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição...⁵⁶.

O espaço abissal que separa referido contexto e a realidade atual, decorrente de flagrantes diversidades de cunho patrimonial, merece justificação por parte da filosofia lockiana a partir da inserção do componente: trabalho ou esforço pessoal. De fato, o espaço expandido que Locke dedica à propriedade em sua filosofia política reflete os elementos que norteiam a matéria, segundo seu pensamento⁵⁷: Locke aponta para a doação original divina do mundo ao homem, de onde retira o substrato de sua idéia sobre a origem da propriedade privada.

De modo- pode-se dizer- simplista, John Locke aponta para o fato de que cada homem possui igual direito a cada parte do que é comum. Tal ilação reflete, por assim dizer, sua idéia de que, no estado de natureza, não havia propriedade, ou noutras palavras, ninguém

⁵⁴ Segundo Locke, todo homem tem direito de se apropriar de tudo a que tenha “anexado trabalho” e que tenha sido, dessarte, “retirado do conjunto de bens comuns criados pela natureza”. Cf. GOUGH, J.W., 2003, p. 201.

⁵⁵ STRAUSS Leo, CROPSEY Joseph. *History of Political Philosophy*, Third Edition. The University of Chicago Press (Chicago and London), 1987, p.476.

⁵⁶ LOCKE, 2002, p. 23.

⁵⁷ STRAUSS Leo, CROPSEY Joseph. *Idem*, p. 486.

possuía nada individualmente, senão de modo coletivo, indivisível, portanto. A partir daí, surge a idéia de que o homem, para além de seu corpo, é titular do trabalho⁵⁸ de suas mãos, concebido como extensão imediata de sua pessoa.

Nesse sentido, o trabalho, concebido como um *plus* acrescido à natureza e capaz de transformá-la e torná-la útil e produtiva, emerge como o único veículo capaz de outorgar aos homens a propriedade privada, nos moldes hoje concebidos. Ressalte-se, contudo, que tal concepção parte da premissa de que, no estado de natureza, o que foi trabalhado e, por conseguinte, adquirido pelo particular, não comprometeu o remanescente, em quantidade e qualidade suficientes para a satisfação da coletividade⁵⁹.

Eis as palavras de Locke⁶⁰:

Embora terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens. Uma vez que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem tem direito ao que foi agregado, pelo menos quando houver bastante e também de boa qualidade em comum para os demais."

⁵⁸ Extrai-se claramente das idéias de Locke que é o trabalho que "transforma o valor de tudo". Cf. GOUGH, 2003, p. 208.

⁵⁹ De fato, na esteira do pensamento de Locke, Gough observa que a lei da natureza, voltada para a paz e preservação da humanidade, apenas pode ser satisfeita "se os indivíduos puderem apropriar-se do que necessitam, principalmente do alimento necessário à sua sobrevivência". GOUGH, *idem*, p. 202.

⁶⁰ LOCKE, 2002, p. 38.

Em outro período, Locke refere-se à propriedade particular regularmente constituída em relação à terra como aquela decorrente da comunhão entre o solo e o trabalho do homem, consistente no cultivo, lavra e beneficiamento da terra, com o ulterior uso dos frutos dali originados. O enigma estaria, segundo Strauss e Cropsey⁶¹, em transmutar, de modo automático, a combinação de um componente privado (o trabalho) e de um componente comum (a terra) em um resultado privado em sua inteireza.

A solução consiste, portanto, em conferir ao trabalho uma importância ímpar na composição acima, partindo-se do pressuposto de que, sem o trabalho, a terra estaria fadada, por conseguinte, a coisa quase sem qualquer valia. O labor representaria, dessarte, o componente valorativo, a verdadeira “pedra de toque” com potencial multiplicador da eficiência dos recursos naturais, idônea, por tal potencial, a conferir titularidade à propriedade, de modo individualizado.

Apesar de razoável tal balizamento de idéias no campo teórico, distorções práticas das mais variadas espécies resultaram na desmesurada divisão da propriedade, marcando de avassaladoras desigualdades o cenário brasileiro, o que retira grande parte da legitimidade da propriedade privada, nos moldes propostos.

O questionamento parte da dúvida quanto à real existência, no passado, de um momento pontual de igualdade concreta entre todos, com igual oportunidades para uso e exploração da terra. Ademais, a própria transmissão da propriedade, através de títulos formais, considerando-se o longo tempo já decorrido de sociedade civilizada nos moldes modernos, oferece severas e insolúveis dúvidas quanto à regular e adequada transferência dos bens.

Se há tantos com nada e poucos com quase tudo, o certo é que algo alterou significativamente a concepção lockiana do trabalho como único instrumento hábil a transmutar o originalmente coletivo em privado. Isso porquanto a simples diferença de força física e de potencial individual para trabalhar a terra, inerentes a cada ser humano e, portanto, específicos caso a caso, aliados à capacidade intelectual, não seriam capaz de resultar em quadro tão caótico e desigual.

⁶¹ STRAUSS Leo, CROPSEY Joseph. 1987, p. 487.

A própria exploração do homem pelo homem e a descoberta da mais-valia, mostra-nos a história, desconstituiu a importância do trabalho em sua forma original e segmentou a sociedade em camadas sociais cuja mobilidade, no sentido ascendente, representa cada vez mais tarefa verdadeiramente hercúlea, se apenas se faz uso para tanto do instrumento do esforço humano pessoal.

Outro ponto que merece destaque ante o pensamento de Locke nesse particular refere-se ao mau ou inadequado uso da propriedade particular, ainda que adquirida, originariamente, da comunhão entre terra e labor. Ora, a hipótese parece se adequar, de modo perfeito, ao discurso dos integrantes do movimento dos sem-terra e tantos outros que pugnam por uma melhor racionalidade na distribuição de bens imóveis.

A idéia da propriedade improdutiva resultaria, portanto, idônea a deslegitimar a titularidade da terra, nas hipóteses em que não se verificar sua adequada exploração ou uso. Tal imóvel deveria retornar, assim, à coletividade, através da idéia do estado natural de bem comum, qual seja, aquele disponível para a livre e adequada exploração por quem quer que seja. Numa sociedade civil organizada como a de hoje, tais conceitos recebem mais detalhada regulamentação, quando se fala em "fim social da propriedade"⁶² e em desapropriação da terra para fins da reforma agrária. Entretanto, em sua essência, as idéias são rigorosamente as mesmas, o que torna ainda mais robustos os argumentos da necessidade premente de repartição das terras inadequadamente utilizadas.

Em breve trecho Locke traz com clareza tal concepção:

Mas, se o pasto da área cercada apodrecesse no chão ou o fruto das plantações percesse sem que fosse colhido e guardado, esta parte da terra, apesar

⁶² Eis as palavras de Gough: "O fundamento desse direito natural de propriedade não será (como em Locke) o mero fato de ter havido uma apropriação... Este não será nenhum direito 'absoluto' de o indivíduo possuir, ou agir, sem consideração para com seus vizinhos. Ele se exercerá indispensavelmente dentro do quadro social e por este será condicionado". GOUGH, 2003, p. 217.

de cercada, era considerada como abandonada e podia passar à posse de terceiro.”⁶³

Não bastassem tais argumentos, Locke, nada obstante defenda a propriedade privada e sua acumulação, apresenta claramente, doutra banda, limitações a tal acumulação quando a mesma se dá em detrimento dos outros, ou seja, em prejuízo dos não-proprietários, num cenário de escassez⁶⁴, tal qual se mostra o cenário brasileiro e de tantos outros países de contornos desiguais, sobretudo no que concerne à questão fundiária.

Nessa esteira de pensamento, Strauss e Cropsey⁶⁵ identificam em Locke a idéia de que, quando não há suficiente para toda a coletividade, nem mesmo o trabalho pode criar o direito a uma parte do todo, se tal situação vier a implicar na exclusão de todos os outros. Vai ainda mais além, quando afirma que, se nem o trabalho pode legitimar a propriedade em tempos de escassez, então nada mais pode fazê-lo. Ademais, John Locke é enfático ao afirmar ser impossível a alguém enriquecer que não às expensas de outrem. Noutras palavras, o ganho de um reflete, necessariamente, a perda de outrem.

Com precisão, Gough⁶⁶ tece as observações a seguir:

É possível sustentar que há um direito natural de propriedade que o Estado deveria respeitar, no sentido de que a propriedade é uma instituição desejável (moralmente), e que é certo que o Estado deveria ser organizado a fim de capacitar os cidadãos a possuí-la. É possível, na verdade é essencial combinar tal crença com a de que o Estado

⁶³ LOCKE, 2002, p. 44.

⁶⁴ É certo que a defesa intransigente da propriedade, num sentido mais individualista do que se verificou durante a Idade Média, tanto em face de terceiros quanto do próprio Estado, deveu-se, em boa medida, ao momento histórico vivenciado por Locke sobretudo na Inglaterra, onde a inviolabilidade da propriedade privada visava à diminuição do poder arbitrário dos monarcas, em um período marcado pela expansão do capitalismo comercial. Ver GOUGH, 2003, p. 199-200.

⁶⁵ STRAUSS Leo, CROPSEY Joseph. 1987, p. 490.

⁶⁶ GOUGH, idem, p. 217.

deveria também impor leis e condições para evitar o abuso de propriedade.

É certo que com a introdução da moeda⁶⁷ pôde-se falar em produção acima dos limites da simples subsistência. Outros componentes a ela se somam, como a indústria e a invenção, capazes de multiplicar os bens disponíveis. Surge assim a idéia de excedente e a necessidade de proteção do que foi acumulado.

A aceitação da desigualdade na distribuição de terra não pode chegar, contudo, aos extremos hoje verificados, em que, enquanto a uns faltam tempo e condições para o gozo e fruição do acumulado em sua inteireza⁶⁸, ainda que sob a forma de pecúnia, a outros o que escasseia são as mínimas condições de existência humana digna⁶⁹, o que perpassa, necessariamente, pela questão agrária.

O Estado constituído não pode, assim, ser cúmplice ou pelo menos espectador passivo de um verdadeiro estado de extermínio de parcela da população excluída e, por que não dizer, destituída de sua quota dos bens naturais. Não se está aqui a defender uma sociedade igualitária em termos absolutos, mas sim em níveis razoáveis. Como se pode falar no bem-estar de todos, propugnado por Locke, através da instituição do Estado-Juiz como apto a dirimir conflitos na sociedade civil moderna, se a*propriedade é privilégio de poucos? Observe-se

⁶⁷ GOUGH, idem, p. 203-4; 209-10.

⁶⁸ Eis as palavras de Locke (2002, p.40): "A mesma lei da natureza que nos dá acesso à propriedade, também a limita...Podemos fixar o tamanho da propriedade obtida pelo trabalho pelo tanto que podemos usar com vantagem para a vida e evitando que a dádiva se perca; o excedente ultrapassa a parte que nos cabe e pertence aos outros..."

⁶⁹ A questão da propriedade desde sempre esteve arraigada à aquisição e usufruto plenos da cidadania. Nesse sentido, Gough relembra que, na Inglaterra do séc. XVII, "só os detentores de vários tipos de real propriedade podiam votar nas eleições parlamentares". Ainda, "os trabalhadores sem terra, embora necessários à comunidade, não eram membros de fato dela...De qualquer maneira, eles estavam de tal modo ocupados com a luta pela simples subsistência que deles não se poderia esperar o exercício ou mesmo a posse de faculdades racionais". Atualmente, de forma indireta e sub-reptícia, ainda se subtrai a cidadania de quem não é proprietário, pelo mecanismo da exclusão social. Cf. GOUGH, 2003, p. 200; 205-6.

que o termo “propriedade”⁷⁰ está aí sendo usado para incluir a vida, a liberdade e a propriedade propriamente dita.

A lei não pode se prestar a servir a poucos, até porque decorre, no sentido puro, da vontade-consenso da maioria. Ora, que maioria é essa representada no Parlamento, já que não reflete os anseios dos que, verdadeiramente, necessitam de proteção, porquanto absolutamente desassistidos materialmente? Ademais, como se cumprir decisões judiciais de modo coercitivo se tais decisões se encontram desconectadas da realidade social⁷¹?

Antes de preservar e defender a propriedade privada, a lei deve proteger a própria sociedade, consubstanciada esta em cada um de seus integrantes. Observa-se, aí, um conflito de interesses, onde a preservação do direito dos proprietários vai de encontro aos interesses dos párias da sociedade. O governo limitado, instituído para fazer desaparecer o estado de insegurança do mundo natural entra assim em crise de identidade quando se põe em questão se efetivamente reflete o consenso dos governados. Tal crise se acentua ainda mais quando se busca investigar se as leis instituídas socialmente de fato mostram-se consentâneas com a preservação da comunidade.

O poder permanece, portanto, com o povo, que pode destituir qualquer governo que contrarie os princípios sob os quais foi eleito. Observe-se que a idéia da separação de poderes derivou de Locke, o qual pôde constatar com clareza a falibilidade de qualquer sistema em que o poder de elaborar leis e executá-las se encontrem nas mãos de um mesmo órgão⁷²: a própria natureza humana tenderia a distorções nessa aplicação que malfeririam a isenção de julgamento dos casos que se referissem à punição dos detentores do poder.

Possível é, nesse contexto, encontrar no próprio Locke a solução para a injustiça que uma obtusa leitura dos textos legais possa

⁷⁰ LOCKE, 2002, p. 69; 92.

⁷¹ De se criticar as idéias de Locke quando apontavam como dever primordial do magistrado civil e das leis, a defesa da propriedade particular. Ainda a ameaça de um poder arbitrário não pode justificar um enfoque tão centrado na acumulação e no prestígio do proprietário. Cf GOUGH, 2003, p. 210 e LOCKE, *idem*, p. 148-9.

⁷² LOCKE, *idem*, p. 106.

gerar. Ao executivo, com seu poder discricionário⁷³, é imperioso libertar-se das amarras ou, porque não dizer, das “escusas” legais e, usando de engenhosa criatividade e boas intenções, redirecionar sua agenda política, encontrando, portanto, atalhos que possam desviar a humanidade do abismo de que se aproxima.

O norte será sempre o bem-estar social e a inspiração, a lei do estado da natureza. O cuidado redobrado estará em evitar, nesse contexto, que os tiranos, sob a escusa de um pretenso “bem-comum” e escudados no argumento de autoridade, cuide de agir às avessas, arbitrariamente, distanciando-se dos verdadeiros fins sociais. Nessas situações limítrofes, legítima é a resistência da população aos mandamentos desmedidos do tirano, este sim, considerado rebelde⁷⁴, já que impulsionador do retorno ao verdadeiro estado de guerra imaginado por Hobbes.

Para Locke, portanto, o poder de um povo pode ser mensurado pela sua coragem e disposição em lutar por verdadeiras leis da liberdade, mesmo que para tanto tenha que sacrificar bens maiores como a própria vida⁷⁵, em prol do restabelecimento do bem-estar social, imbuído assim do verdadeiro espírito público.

A questão levantada, nesse particular, sobre a qual não pretendemos nos aprofundar, é se há razões plausíveis que justifiquem o sacrifício de bens particulares indisponíveis em sua essência em prol da preservação da sociedade. Decerto o simples temor do soldado de sofrer punição de seus superiores não se mostra suficiente para justificar a cega obediência, ainda que lhe custe sofrimentos de considerável monta.

Seja de que modo for, a exigência de um mundo coordenado por leis encontra-se presente tanto no discurso lockiano quanto no hobbesiano, guardadas as distinções de enfoque demonstradas ao longo do trabalho. O desejo pela preservação também se faz vigente em ambas as linhas filosóficas: o caminho apontado para tanto é que sofre diferenças significativas, o que requer do filósofo político moderno observação crítica e percuciente que o permita absorver

⁷³ LOCKE, 2002, p. 116.

⁷⁴ LOCKE, *idem*, p. 151.

⁷⁵ STRAUSS Leo, CROPSEY Joseph. 1987, p.508.

adequadamente dos dois sistemas os elementos a serem utilizados na condução de soluções para os problemas mais emergentes da atual contextura sócio-econômica.

A soberania do Estado mostra-se como premissa, nesse diapasão, inafastável. Seu tamanho e sua abrangência é que urge seja repensado, sob pena de se comprometer, em definitivo, a convivência humana razoavelmente pacífica. O ordenamento moral não pode ser abandonado no nascedouro das normas de conduta: somente uma reflexão nele fundada será capaz de provocar o sentimento de íntima adesão aos mandamentos legais, os quais não perderão seu caráter de coercitividade, mas exsurgirão como algo construído, visando à redução das desigualdades e a uma racional redistribuição de riquezas.

DA EVOLUÇÃO INTERNACIONAL DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA INFÂNCIA E SEUS REFLEXOS NO BRASIL

Magno Alexandre Ferreira Moura

Promotor de Justiça/AL e Professor Universitário

SUMÁRIO

1. O processo histórico. 2. Dos documentos internacionais declaratórios e executórios de direitos da criança, que ressaltam a doutrina da proteção integral. 3. A criança como sujeito de direito no âmbito dos Órgãos Internacionais de Direitos Humanos. 4. Dilemas em que se encontram os direitos humanos da infância no Brasil e na América Latina. 5. Desafios da proteção dos direitos humanos da infância no Brasil. 6. Conclusão.

1. O processo histórico

1.1. Verificando o processo histórico de evolução dos direitos humanos da criança, observamos uma gradual formação e expansão da declaração desses direitos, por documentos internacionais.¹

1.2. Podemos creditar que tal evolução se deu da mesma forma que as demais parcelas de direitos civilizatórios em sistemas de proteção internacional². Contudo, há dilemas e desafios para efetivação dos direitos infanto-juvenis pelas nações signatárias, em especial o Brasil.

1.3. O processo de despertar para uma consciência mais global à questão da infância percebe-se pelo fato natural de serem pessoas (a criança e o adolescente) em situação especial, em fase de

¹ Tratados, Convenções, Pactos são documentos internacionais, onde se declaram direitos, onde os Estados signatários assumem o compromisso de reconhecê-los e protegê-los, havendo diferença entre tratados convencionais e tratados sobre direitos humanos.

² Em verdade, a partir da Declaração Universal de 1948, tida como ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos Direitos Humanos e Cidadania.

desenvolvimento. Contudo, as graves situações por que elas passam ao redor do mundo, em decorrência de desigualdades sociais, de concentração de riquezas nas mãos de poucas pessoas, revelam que as crianças e adolescentes são vítimas frágeis e vulneráveis da omissão da família, da sociedade e do Estado.

1.4. Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos. É bem verdade, no dizer de Trindade³, que estamos longe de lograr a chamada “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) das Nações Unidas, dentre estas a Convenção sobre os Direitos da Criança.

1.5. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 trouxe um marco legislativo de fundamental importância para os países signatários, com força cogente a estes, apesar dos direitos da criança já enunciados na Declaração Universal dos Direitos da Infância de 1959. Dentro deste panorama internacional, a causa dos direitos humanos de crianças e adolescentes ganhou novos e seguros espaços.

1.6. O grande marco sinalizador foi a mudança de paradigma de caráter tutelar, de objeto do direito, para a de sujeito de direito, passando a criança e o adolescente a poder invocar todos os direitos humanos de proteção a que toca a um adulto, contudo, com um *plus* a proteção especial, como corolário da Doutrina das Nações Unidas para Proteção Integral da Criança.

1.7. A partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pela quase totalidade dos países membros, surgiram leis nacionais baseadas na ratificação, que são leis garantistas e responsabilizantes, onde crianças deixam de ser objeto de proteção e passam a ser encaradas como verdadeiros sujeitos de direito⁴.

³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Dilemas e Desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Educando para os direitos humanos – pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. Texto de exposição do autor no I Congresso Brasileiro de Educação em Direitos Humanos e Cidadania, patrocinado pela Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, e realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. USP. 5.5.1997, p. 28.

⁴ Dentro desta perspectiva, temos o caso brasileiro, que adotou na Constituição Federal de 1988, no Art. 227, a doutrina da proteção integral

1.8. Os esforços dos “órgãos internacionais de supervisão nos planos global e regional, propiciaram salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, pôr fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas e adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos governos⁵”.

2. Dos documentos internacionais declaratórios e executórios de direitos da criança, que ressaltam a doutrina da proteção integral⁶

2.1. A Convenção reafirmou o contido na Declaração de Direitos Humanos de 1948, cujo artigo 25 deixou explícito que “a infância tem direito a cuidados e assistência especiais”.

2.2. O projeto de Tratado que institui uma Constituição para a Europa⁷, no artigo II-24., sobre os DIREITOS DAS CRIANÇAS, reza: “1.As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários

das Nações Unidas para a infância, como um novo paradigma constitucional, do **princípio da prioridade absoluta**, em contraposição à doutrina da situação irregular adotada pelo revogado Código de Menores de 1979, por corolário das discussões internacionais sobre o assunto, na época, dentro do Instituto Interamericano *Del Nino*, órgão da OEA, do qual participa o Brasil até os presentes dias, adotou a doutrina desenvolvida pelo jurista argentino Ubaldo Calvino, e que teve no Brasil seu maior propagador o então Juiz de Menores do Rio de Janeiro, Alyrio Cavalieri. A doutrina da situação irregular estabelecia como postulado que só poderia se tomar conhecimento do problema do menor se este se encontrasse em situação irregular, ou seja, o menor de 18 anos abandonado materialmente, vítima de maus tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou autor de infração penal. Na realidade, o termo “menor” encontrado em situação irregular eles ficavam submetidos a medidas de proteção-opressora, no que a doutrina da situação irregular legitimava uma intervenção estatal discricionária sobre essa parte residual da categoria infância acima mencionada, constituída pelo mundo dos menores.

⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. 1997.,p. 29.

⁶ Infere-se quando se ressaltam os textos que “toda criança tem direito à **proteção especial**” que se trata da doutrina da proteção integral.

⁷ Apresentado ao Conselho Europeu Reunido em Salônica, de 20 de junho de 2003. Impresso da Alemanha, Comunidades Européias, 2003.

ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, a menos que tal seja contrário aos seus interesses”.

2.3. A Declaração Americana, no artigo VII, repetiu “toda criança tem direito à proteção, cuidado e ajudas especiais”. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU de 1966, no artigo 24, trouxe a seguinte garantia: “Toda criança tem direito, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, origem nacional ou social, posição econômica ou nascimento, a medidas de proteção que sua condição de menor requer, tanto por parte da família como da sociedade e do Estado”.

2.4. Do “Pacto de São José da Costa Rica”, o artigo 19, (Convenção Americana de Direitos Humanos) ressalta: “Toda a criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de criança requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado”.

2.5. Os especialistas⁸ não têm dúvidas que a proteção especial surge como um “plus” nos direitos de crianças e adolescentes, sendo, hoje, pacífico entre eles, que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais e sociais. No caso brasileiro, a doutrina da proteção integral se revela no Art. 227 da CF/88, no princípio da prioridade absoluta, que tem a hermenêutica de dar atenção diferenciada à população infanto-juvenil, e como do próprio princípio infere que a prioridade de políticas públicas sejam primeiras traçadas dentro desta preferência constitucional.

2.6. Alguns direitos no campo do sistema de justiça aparecem como próprios das crianças (pessoas menores de 18 anos). Por exemplo, o direito a não ser submetido à pena de morte; a não ser

⁸ Esta é a posição oficial adotada por todos os integrantes e filiados a ABMP (associação brasileira de magistrados e promotores de justiça da Infância e juventude), o que pode ser verificado no site: www.abmp.org.br.

encarcerado juntamente com adultos; o direito a um processo mais célere e adaptado à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; o resguardo do sigilo dos atos processuais etc. Importantes Documentos de Direitos Humanos, como as "Diretrizes da Riad" (Prevenção da Delinquência Juvenil); "Regras de Pequim" (Regras para Organização de Justiça Juvenil); Diretrizes da ONU para os jovens privados de liberdade, constituem as fontes da chamada "Doutrina das Nações Unidas para a Proteção Integral da Criança". Tal doutrina enfatiza a necessidade da implementação de instrumentos jurídicos capazes de garantir todos os direitos fundamentais e sociais de crianças e adolescentes.

2.7. O "Pacto de São José" reconhece, no artigo 5.5., o direito do menor a um tribunal especializado. A Convenção, as Regras de Bejing e o "Pacto de São José reafirmam às crianças e adolescentes a titularidade das garantias processuais, concebidas como garantias mínimas. Assim, as novas legislações, baseadas na Convenção, portanto, na Doutrina das Nações Unidas, vêm aprimorando tais garantias, inclusive com instrumentos de descriminalização e despenalização, entre eles, a remissão pura e simples. Nas novas leis, os países membros da ONU, via de regra, vêm estabelecendo mecanismos de garantias de direitos sociais, inclusive difusos e coletivos, como saúde, educação, profissionalização. No que toca à chamada delinquência juvenil, enfatizam o caráter pedagógico das respostas pela delinquência juvenil, implementando normas garantistas no sentido de se reservar à aplicação de medidas privativas de liberdade às hipóteses de estrita necessidade.

2.8. Em que pesem algumas adaptações eufemísticas aos princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, (exemplo da Colômbia), o fato é que as adaptações legislativas têm sido positivas e substanciais, exemplos do Brasil, Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala (ainda não vigente), Nicarágua, Honduras, Panamá, Peru e República Dominicana. Estão em tramitação propostas de leis no Chile, Equador, Paraguai, Argentina, Uruguai e Venezuela.

3. A Criança como sujeito de direito no âmbito dos Órgãos Internacionais de Direitos Humanos

3.1. O contido na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, são direitos justicáveis, no âmbito das Cortes: Européia, Internamericana e Africana dos direitos humanos. É bem verdade que

tais direitos somente são justicáveis por meio do sistema de petições individuais⁹. O que não ocorre com o sistema de denúncias e petições de forma coletiva, o que dificulta de certo modo a implementação internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais afeto à população infanto-juvenil.

3.2. Os organismos internacionais tem recebido uma gama considerável de reclamações sobre violações de direitos humanos¹⁰, e dentro destas há um número expressivo de reclamações sobre violação dos direitos da infância. É a constatação que em todos os países do

⁹ Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvidas o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado no Protocolo 9 à Convenção Européia de Direitos Humanos (1990). Concede, este último, um determinado tipo de *locus standi* aos indivíduos ante a Corte Européia de Direitos Humanos (em casos admissíveis que já foram objeto da elaboração de um relatório por parte da Comissão Européia de Direitos Humanos). Agora um grande passo a ser dado neste século XXI, consistiria na garantia de igualdade processual (*equality of arms/égalité des armes*) entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, na vindicação dos direitos humanos protegidos.

¹⁰ “No plano regional, por exemplo, na última década do século passado, no continente europeu, a Comissão Européia de Direitos Humanos tinha decidido cerca de 15 mil reclamações individuais sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao passo que a Corte Européia de Direitos Humanos totalizava 191 casos submetidos a seu exame, com 91 casos pendentes. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ultrapassava o total de 10 mil comunicações examinadas, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, hoje com 14 pareceres emitidos, passava a exercer regularmente sua competência contenciosa, contando hoje com onze casos contenciosos pendentes. E, no continente africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos examinava quase a 40 reclamações ou comunicações sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, algumas das quais já decididas”. Para exame maior destes e outros dados, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE. **Tratado de direito Internacional dos direitos humanos**. Fabris ed., v.I, capítulo II, 1997, p. 61 a 63 e ss.

mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial¹¹.

4. Dilemas em que se encontram os direitos humanos da infância no Brasil e na América Latina.

4.1. A negligência dos países signatários, inclusive o Brasil, com os direitos econômicos, sociais e culturais, como tem sido nas últimas décadas, é algo inadmissível, é a prova viva e triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos, o que atinge a infância em tantos países.

4.2. Na América Latina dados oficiais das Agências Internacionais de monitoramento da questão da Infância ligados ao Unicef, encontramos os seguintes dados:

¹¹ Crianças que vivem na pobreza estão privadas de muitos de seus direitos: sobrevivência, saúde e nutrição, educação, participação, e proteção contra danos, exploração e discriminação. Mais de um bilhão de crianças estão gravemente privadas de pelo menos um dos bens e serviços essenciais de que necessitam para sobreviver, crescer e desenvolver-se. Milhões de crianças estão gravemente privadas de nutrição, água, instalações sanitárias, acesso a serviços básicos de saúde, abrigo adequado, educação e informação. A discriminação de gênero é ao mesmo tempo um resultado visível e um fator subjacente da privação grave. Mesmo em países onde a privação absoluta é reduzida, a privação relativa em termos de renda e riqueza familiar implica oportunidades desiguais para as crianças. Crianças cujos direitos à segurança e à dignidade são negados também estão empobrecidas. A cada ano, dezenas de milhões de crianças são vítimas de exploração, violência e abusos, que lhes roubam a infância, impedindo que realizem mesmo uma pequena parte de seu potencial. Fontes: Rede Latinoamericana e Caribenha pelos Direitos da Criança - Jorge Freyre - coordenador - (0598 2) 4088572 ou (0598 2) 4003081; gurises@chasque.apc.org; www.redlamyc.web.com.uy. Comitê dos Direitos da Criança da ONU - Rosa Maria Ortiz - integrante do Comitê - (595) (21) 207 454. UNICEF - Yuri Buaiz - Oficial de Política Social e Direitos - (58) (0251) 262-6364 ybuaiz@unicef.org; Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) - Bernardo Kliksberg - coordenador geral da Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento. www.iadb.org

4.2.1. A Argentina é o país, com 12 milhões de crianças e adolescentes (35% da população), que incorporou a Convenção na sua Constituição em 1994, em um artigo no qual assume o compromisso de modificar legislação e práticas para se adequar ao tratado internacional, mas ainda não o fez; de acordo com dados do UNICEF, sete de cada 10 crianças são pobres, situação que piora no norte e nordeste: três em cada quatro estão nessa situação, e um de cada três é indigente. Quase dois milhões de meninos e meninas com menos de 15 anos se vêem obrigados a trabalhar e mais da metade (58,2%) dos adolescentes de 13 a 17 anos que trabalham não freqüentam a escola. Enquanto isso, o investimento federal na infância e adolescência representou somente 5,7% do PIB em 2002, conforme apurou a ONG Periodismo Social¹², agência da Rede ANDI América Latina naquele país. “Há uma dívida com as crianças que não foi saldada. Não há uma lei nacional de proteção integral dos direitos da infância, não há um órgão gestor de políticas públicas para a área e não há um plano de ação”, diz Jorge Rivera, representante do UNICEF na Argentina.

4.2.2. A Bolívia¹³: as meninas da área rural deste país permanecem somente 04 anos na escola e de forma descontinuada. Diferente dos meninos, que conseguem terminar o nível médio. Como resultado, 39,3% das mulheres bolivianas não tinham nenhum nível de instrução em 2001. Segundo o UNICEF, há quatro razões para que as crianças do sexo feminino abandonem os estudos. A primeira é a falta de recursos econômicos. A segunda é a ausência de unidades de ensino para atender à demanda nas pequenas comunidades. A terceira razão é cultural, já que nem sempre as escolas atendem às expectativas dos pais. Na maioria das vezes ministram um ensino que não condiz com a realidade das comunidades rurais. Por último vem a discriminação de gênero por parte dos professores, que estimulam a participação dos meninos, mas não das meninas.

¹² Periodismo Social. Eduardo de Miguel – jornalista responsável (54) (11) 4773 7802 edemiguel@periodismosocial.org.ar; www.periodismosocial.org.ar.

¹³ Agencia Nacional de Noticias por la Infancia – ANNI - Guimer Zambrana – jornalista responsável.(591) 7209 1759. gzs@hotmail.com; www.ecojovenes.org.

4.2.3. A Venezuela¹⁴: é um dos países que avançaram na questão da infância e adolescência, aprovando a Lei de Proteção da Criança e do Adolescente, semelhante ao ECA brasileiro. A Venezuela conta com conselhos de direitos municipais, estaduais e nacional, conselhos de proteção, juízes, entidades e programas especializados, além de defensorias exclusivas para o público infanto-juvenil. Contudo, 60,1% da população do país vive em situação de pobreza, de acordo com dados do primeiro semestre do ano de 2004, levantados pelo Instituto Nacional de Estatística Venezuelano. Deste contingente, 30,8% são crianças com idade entre 0 e 9 anos. Além disso, estudo de abril de 2003 realizado pela Universidade Católica Andrés Bello mostra que 652 mil crianças não têm acesso à educação pré-escolar; 142 mil não têm a educação básica e 361 mil jovens são privados do ensino médio.

4.2.4. O Chile¹⁵: é o país que tem indicadores sociais melhores em comparação com os outros países da região, com índices de pobreza que foram reduzidos na última década. Em 2002 o governo chileno lançou uma política nacional para a infância e seu Plano de Ação para as Crianças e Adolescentes. Mas, segundo o UNICEF, ainda existem mais de 64 mil jovens com idade entre 12 e 17 anos trabalhando, sobretudo nas áreas rurais, o que contribui para a evasão e o abandono escolar.

4.2.5. A Colômbia¹⁶: a mortalidade materna ainda é alta, com 71,4 óbitos para cada grupo de 100 mil nascimentos. Neste ponto, o acesso ao pré-natal e outros cuidados obstétricos é precário. Na Colômbia, mais de um milhão de crianças e adolescentes com idade entre 05 e 17 anos trabalha. A média de estudo da população infanto-juvenil melhorou um pouco, mas continua precária: aumentando entre

14. Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP) - Eurídice Vásquez – jornalista responsável
(58) (212) 951 4079 / 952 6269 / 952 7279 / 952 6378 / 952 7108 -
evasquez@agenciapana.org.ve
www.cecodap.org.ve

15 UNICEF - Yuri Buaiz – Oficial de Política Social e Direitos - (58) (0251) 262-6364; ybuaiz@unicef.org

16 Fundación para un Nuevo Periodismo (FNPI) - Juanita Uribe – jornalista responsável - (571) 313 29 89/3133034 / 3133023 -
juribe@fnpi.org; www.fnpi.org

1990 e 2000, de 03 para 3,7 anos, e para as meninas de 3,1 a 3,8 entre os meninos.

4.2.6. A Guatemala¹⁷: as crianças indígenas são as mais prejudicadas. Desta população, 67% dos meninos e meninas sofrem de desnutrição crônica. A mortalidade infantil entre os indígenas é de 46 óbitos por mil nascidos vivos, enquanto a média nacional é de 40 por mil. Em algumas comunidades, a mortalidade materna das índias chega a 192 mortes por grupo de 100 mil nascimentos, contra 89 por 100 mil no resto do país. Com relação à educação, nas áreas urbanas 05 de cada 10 estudantes completam a educação primária, enquanto somente 02 de cada 10 o fazem na zona rural, sendo que as crianças do campo representam 60% da população escolar da Guatemala.

4.2.7. O Equador¹⁸: no país, a implantação do Código da Criança e do Adolescente em 2002 harmonizou a legislação local com os dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança, definindo responsabilidades entre os três poderes e criando novas políticas na área. A taxa de imunização das crianças contra as principais doenças que acometem a infância passou de 70% para 95% entre 1999 e 2002. Mas ainda há muitos desafios, já que 4,8 milhões de meninos e meninas vivem na pobreza, 430 mil jovens com idade entre 05 e 17 anos trabalham e a desnutrição afeta 15% das crianças com menos de 05 anos. Os meninos e meninas têm acesso igual à escola, mas indígenas e afrodescendentes não: 90% dessas crianças vivem na pobreza e apenas 39% completam a educação fundamental, contra 76% dos outros grupos.

4.2.8. A Nicarágua¹⁹: Como 53% de sua população de 5,1 milhões de habitantes, é composta por pessoas com menos de 18 anos, a Nicarágua é o terceiro país mais pobre das Américas. Uma situação que afeta 2,3 milhões de pessoas e estimula o trabalho infantil. Mais

17. Asociación DOSES. Claudia Navas – jornalista responsável - (502) (2) 434 6655 / 433 9721

claudiandangel@hotmail.com / cnavasdangel@yahoo.es

18. UNICEF - Yuri Buaiz – Oficial de Política Social e Direitos - (58) (0251) 262-6364; ybuaiz@unicef.org

19 Dos Generaciones. Dominga Tercero – jornalista responsável - (505) (2) 664 960 / 664 999

dosgeneraciones@cable.net.com.ni / proyectoandi@cable.net.com.ni

de 167 mil crianças e adolescentes trabalham. A saúde também é precária. Uma de cada três crianças sofre de desnutrição crônica. E a mortalidade materna é alta, com 150 mortes a cada grupo de 100 mil nascimentos.

4.2.9.O Paraguai²⁰: um dos principais avanços foi a adoção do Código da Infância e da Adolescência, baseado na Convenção. Com ele veio a criação de juizados e defensorias na área, além dos conselhos municipais pelos direitos da criança e do adolescente. Na última década o Paraguai aprovou sua Política Nacional da Infância e Adolescência e planos para a erradicação do trabalho infantil e o combate à exploração sexual comercial. Contudo, o público infanto-juvenil, que representa 48,2% da população, necessita de mais atenção do estado paraguaio, principalmente no que diz respeito à educação. Da população de jovens com 15 a 19 anos, 42,7% (246.520 pessoas) não tinha acesso à educação formal em 2002, de acordo com o Censo Nacional de População do Paraguai. O estudo salienta também que, nesta faixa etária, havia 14.965 analfabetos. Entre 10 a 14 anos, eram 27.376 crianças nesta situação. O mesmo Censo revela ainda outro dado grave: mais de 164 mil crianças com até 09 anos (12,9% do total nesta faixa etária) não tinha registro civil de nascimento.

4.2.10. O Peru²¹: em 2002 o Peru foi o país que teve o crescimento econômico mais rápido da América Latina. O PIB cresceu 4,5% na época, de acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. Contudo, o índice de desemprego continua alto e as estratégias de redução da pobreza não têm tido resultados efetivos. Crianças e adolescentes continuam sendo o grupo mais vulnerável. Dos 3,8 milhões de pessoas vivendo em extrema pobreza, eles são 2,1 milhões.

4.3. Trindade²² afirma que: “não faz sentido levar às últimas consequências o princípio da não-discriminação em relação a direitos

20 Asociación GLOBAL Infância. María Silvia Calvo – jornalista responsável - (595 21) 612952 / 612953

agenciadenoticias@pla.net.py; www.globalinfancia.org.py

21 UNICEF - Yuri Buaiz – Oficial de Política Social e Direitos - (58) (0251) 262-6364; ybuaiz@unicef.org

22 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Dilemas e Desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Educando

civis e políticos, e tolerar, ao mesmo tempo, a discriminação como inevitável em relação aos direitos econômicos e sociais. A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social, do político e do cultural”.

4.4. Apesar dos avanços registrados na proteção internacional dos direitos da infância, persistem violações graves e maciças de seus direitos civis e políticos, sem falar dos direitos sociais e culturais. O Brasil que ratificou *in totum* a Convenção dos Direitos da Infância, através do Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990, e mais recentemente ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de criança em conflitos armados, pelo Decreto nº 5.006, de 08 de março de 2004, que considera como crime de guerra o recrutamento de crianças para servir as forças armadas; bem como o Brasil ratificou o Protocolo relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, através do Decreto nº 5007, de 08 de março de 2004; tem tido sérios problemas que envolvem violações dos direitos humanos da infância²³.

4.5. Especialistas da ONU pedem empenho ao Governo para mudar a vida das crianças brasileiras, face às desigualdades baseadas em etnias, classe social, gênero e localidade geográfica que dificultam o cumprimento, pelo Brasil, das recomendações da ONU em defesa dos direitos da criança, motivo de convenção internacional ratificada pelo país em 1990. Técnicos do Comitê da ONU para a Infância

²³ De acordo com os dados da Unesco, o Brasil ocupa o 4º lugar em homicídios entre os 67 países pesquisados pela a instituição. A taxa de assassinatos na faixa etária entre zero e 17 anos subiu de 3,9 por 100 mil habitantes em 1990 para 7,01 em 2002. E, na população de 15 a 17, esse índice variou de 11,9 a 36,2. Quando se analisa a questão a partir da etnia, os dados são ainda mais graves. Em média, a taxa de homicídios de negros é 65% superior a de brancos. A mortalidade infantil revela a disparidade regional: no Nordeste está acima de 40 por mil nascidos, contra 17,9 por mil no Sul. O Nordeste mantém índices acima de 40 por mil e a região Sul registra 17,9 por mil. A mortalidade infantil entre crianças indígenas chega a 55,9 por mil.

recomendaram em dezembro de 2004, em audiência pública promovida pela Frente Parlamentar pela Criança, Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCD) e Save the Children Suécia, que o Brasil deve adotar medidas para impedir o assassinato de crianças, investigar as violações de seus direitos e monitorar o sistema de adoção. As recomendações do Comitê das Nações Unidas para a Infância foram formuladas depois que o governo brasileiro encaminhou, em setembro de 2004, o primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Segundo os especialistas embora o País tenha obtido progressos significativos na luta pela melhoria das condições sociais, ainda há muito que avançar em campos como o da Educação e da Justiça e no enfrentamento de problemas como a violência contra meninos e meninas, a falta de recursos financeiros e a carência de informações sobre a situação da infância. O Comitê recomenda uma atuação em várias frentes. Para isso, o Estado brasileiro **precisa aumentar a alocação orçamentária para assegurar a implementação dos direitos das crianças**; incluir no próximo relatório informações sobre o número de casos de tortura ou tratamento desumano ou degradante de crianças e o número de autores desses atos sentenciados pelos tribunais; fortalecer o monitoramento do sistema de adoção de crianças; investigar os casos de exploração sexual e implementar as regras sobre a Justiça Juvenil, incluindo as medidas sócio-educativas em todo o País.

4.6. A ONU reconhece que o Brasil já efetuou alguns avanços, a exemplo do fato de o Brasil ter uma das legislações mais avançadas no que diz respeito à criança e ao adolescente: a Constituição de 1988 e o ECA, de 1990. A queda nas taxas de mortalidade infantil e a expansão das matrículas no Ensino Fundamental, com 97% das crianças entre 07 e 14 anos freqüentando as escolas. O conjunto de ações que vêm sendo implantadas para combater o trabalho infantil. Programas como o PETI têm aumentado, ano a ano, o número de crianças atendidas. Hoje, esse número é de cerca de 930 mil crianças. As iniciativas de combate à exploração sexual, com a indicação dos programas que o governo, em parceria com a sociedade civil, vem adotando para combater esse grave problema. Na área da saúde, o aponta o notável êxito o programa de combate ao HIV/AIDS que, por meio de ações de prevenção e oferta

de tratamento gratuito e universal, conseguiu alcançar expressiva redução na incidência da infecção entre crianças e adolescentes. Outros avanços são na área de imunização. Com as campanhas governamentais de vacinação, doenças como a poliomielite e o sarampo foram erradicadas do País. O reconhecimento de uma rede de agentes encarregados de fazer valer os direitos de crianças e adolescentes. Essa rede tem ramificações nas três esferas de poder - federal, estadual e municipal - e é formada pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e pelos Conselhos Tutelares.

4.7. A ONU destaca a Constituição de 88, que concede prioridade absoluta às crianças e adolescentes no seu artigo 227. Registra a adoção do ECA, que inclui os preceitos estabelecidos pela Convenção. Elogia o sistema de garantia de direitos, composto pelo Conanda, por conselhos estaduais e municipais de defesa de crianças e adolescentes e pelos conselhos tutelares. Ressalta a ratificação dos dois protocolos facultativos à Convenção (relativos à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil e envolvimento em conflitos armados). Ressalta a ratificação das Convenções da OIT 138 (referente à idade mínima de admissão no trabalho) e 182 (relativa às piores formas de trabalho infantil). Nota com satisfação a adoção da lei que transfere da justiça militar para a civil a competência para processar casos de homicídio doloso por membros da PM. Elogia a adoção da lei que define e pune o crime de tortura como inafiançável, do qual ao seu perpetrador não é concedido perdão ou anistia. Acolhe com apreço a ratificação da Convenção de Haia de número 33, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional.

5. Desafios da proteção dos direitos humanos da infância no Brasil.

5.1. Cumpre conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos. O Estado ainda é um grande responsável por implementação de políticas públicas que visem diminuir tão gritantes violações dos direitos econômicos, sociais e culturais da infância. O Atual paradigma de proteção da Infância no Brasil, paradigma constitucional é o Art. 227 da CF/88, lá está inserido o princípio da prioridade absoluta, o que se tem diretriz de se ter primazia a criança (0 a 18 anos

incompletos) em seus direitos assistidos pelo Estado. Os direitos fundamentais atendidos.

5.2. Enquanto o comando constitucional do Art. 227 da CF/88 não for inteiramente aplicado, ou se derem a ele a natureza de norma, apenas, programática, persistirá no Brasil os vergonhosos índices acima demonstrados, a face cruel da República brasileira, que não toma de forma mais efetiva e positiva medidas de proteção dos direitos humanos da infância no país. É um grande desafio para todos que operam com o direito da infância, no sistema de Justiça brasileira, ter uma visão mais garantistas²⁴ dos direitos que lhe são afetos.

5.3. Há uma necessidade de se ter uma visão de justiça social como o valor supremo de uma sociedade, na forma concebida por Rawls²⁵, no tratamento da infância no Brasil e por que não dizer na América Latina.

²⁴ A doutrina do garantismo na concepção de Ferrajoli é uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, em contraposição ao juspositivismo dogmático. Alfás, para ele, esta é a tarefa específica do jurista. Porque o maior grau do garantismo está relacionado à efetivação dos direitos. (**Diritto e ragione: teoria del garantismo penal**. 6. ed. Roma: Laterza, 2000. Traduzida para o português por Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito). A convicção intuitiva de Rawls, numa construção de uma teoria da Justiça leva-o a pensar a Justiça como o valor supremo da sociedade, considerando-a primazia nas relações sociais. Tentando expor princípios de uma teoria da Justiça, para se chegar a ela, discorre que uma sociedade é marcada por convenções e que as pessoas sempre procuram observá-las, e que a sociedade é tipicamente cooperativa, contudo, marcada por conflitos de interesses. Porém, estará bem ordenada com uma concepção pública de Justiça. Chamada de Justiça Social, com partes distributivas adequadas de prestações sociais. Há aqueles que defendem concepções de justiça de outra ordem, mas, concordam quando as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social.

5.4. O holocausto permanente ditado pelas absurdas taxas de mortalidade infantil, aquelas que apresentam lesões cerebrais irreversíveis decorrentes da subnutrição, as que se encontram nas ruas sobrevivendo por meio de esmolas degradantes, bem como as que não têm acesso à educação ou à saúde (enfim, aquelas *sem oportunidade de vida digna*) não podem mais aguardar que a "natureza das coisas" ou o "processo histórico" venham intervir para a materialização daquilo que lhes foi prometido como direitos fundamentais – até porque entre nós já comparece de maneira concreta e produzindo seus efeitos nocivos a proposta da hipocrisia neoliberal travestida de globalização econômica, tendente a transferir os foros das decisões políticas, sociais e econômicas dos espaços da soberania nacional para os escritórios encarpados das empresas multinacionais ou transacionais, com significativos prejuízos às questões sociais (afinal, não é por acaso que o governo brasileiro se vangloria do pagamento da dívida externa e não se envergonha com a sua crescente dívida social), sendo que "a mão invisível do mercado", por certo, não tem olhos (nem coração) para enxergar as crianças entregues à miséria social e a conseqüente sub-cidadania²⁶.

5.5. O Estado brasileiro reconheceu no relatório da ONU sobre a questão da infância no Brasil, enviado no ano de 2004, que a situação de pobreza e desigualdade social no País ainda marca a vida de milhões de crianças. Nas famílias mais pobres, muitas vezes chefiadas por mulheres, o número de filhos é maior e as condições de moradia e saneamento são precárias. Com o ambiente familiar hostil, as crianças acabam sendo empurradas para as ruas, para o trabalho infantil e a exploração sexual. Ao tratar da problemática específica do adolescente, o relatório analisa duas graves questões: a crescente incidência da gravidez precoce entre as meninas e o aumento das mortes violentas entre os meninos. A situação dos adolescentes em conflito com a lei também é avaliada pelo documento, com a indicação de que a aprovação do ECA foi um significativo avanço, mas o quadro real ainda está longe de ser o ideal. Entre os problemas

²⁶ NETO, Olympio de Sá Sotto Maior. O sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente. **Cadernos Abong**, nº 29, novembro/2001. Subsídios à IV conferência nacional dos direitos da criança e do adolescente. Gráfica e Editora Perez Ltda, p. 44.

apontados está ainda a situação das crianças negras e indígenas, que têm baixa escolarização e vivem em famílias com baixa renda.

A União não deve medir esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do monitoramento contínuos em relação aos Estados e Municípios brasileiros da situação dos direitos humanos da infância, e fazer sua parte em alocar recursos para o fundo nacional da infância e traçar políticas públicas, menos assistencialistas e mais de qualidade de verdadeiro resgate da cidadania, e dignidade da população infanto-juvenil no país.

5.7. Os que compõem o sistema de Justiça da Infância devem ter a consciência plena e o preparo conceitual necessário, com respaldo na CF/88, mais especificadamente no Art. 227 que a doutrina da proteção integral, é a proposta de dar atenção diferenciada à população infanto-juvenil e, como fórmula para estabelecer igualdade material indispensável que as crianças e adolescentes perseguidos, vitimizados, excluídos, marginalizados na realidade social (vale dizer, à margem dos benefícios produzidos pela sociedade) viessem a receber, pela lei, um tratamento desigual (porque desiguais na realidade social), necessariamente privilegiado. Assim, pela nova legislação, as crianças e adolescentes não podem mais ser tratados como meros objetos de intervenção do Estado, devendo-se agora reconhecê-los sujeitos dos direitos elementares da pessoa humana, de maneira a propiciar o surgimento de verdadeira de cidadania plena. Alertado pela realidade social e alentado pelo propósito de justiça (com o enfrentamento ao subdesenvolvimento – bem como à subcidadania – dá-se mediante a efetivação de direitos), restou estabelecido um conjunto de normas pertinente aos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, objetivando pormenorizar o que se encontra genericamente indicado no texto constitucional, além do capítulo próprio para tratar da proteção judicial dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude.

6. Conclusão

6.1. A regra, na América Latina, é a inobservância dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária de crianças e jovens, freqüentemente, são vulnerados pelo Estado que

não realiza políticas sociais eficazes; e pela sociedade e pela família que teimam em não os reconhecer como sujeitos de direito, portadores da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

6.2. Em que pese à trágica situação, o fato que na América Latina começa a surgir uma nova consciência a respeito da necessidade de se estabelecer novos mecanismos jurídicos capazes de garantir os direitos fundamentais e sociais de crianças e adolescentes.

6.3. No panorama internacional a causa dos direitos humanos de crianças e adolescentes ganha novos e seguros espaços. Surgem projetos e leis baseados na Doutrina das Nações Unidas para a Proteção Integral da Criança. A nova doutrina da Proteção Integral, preconizando que as crianças e adolescentes são sujeitos de direito, e que afastou completamente os enviesados princípios da antiga "doutrina da situação irregular", entre eles o subjetivismo e o arbítrio, travestidos da falácia da "proteção", que não passava de odiosa opressão.

6.4. No Brasil os protagonistas do sistema de Justiça da Infância devem assumir o modelo garantista e responsabilizante do Art. 227 da CF/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção dos direitos da criança. Palavras e institutos têm de ser interpretados e aplicados com base na ciência e na técnica, sem mistificações, dentro dos princípios da hermenêutica Jurídica e do Direito, porém, despregado de todo o positivismo jurídico cego e degenerado.

6.5. A delinquência juvenil é um fenômeno social que exige respostas justas por parte do Estado mediante políticas públicas, e estas não podem persistir baseadas em mitos, eufemismos e falácias.

6.6. Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, apercebemo-nos de que efetivamente houve, nestas quatro décadas de experiência acumulada na área, um claro progresso, sobretudo na jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos da infância.. Neste século, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, é uma tarefa para toda a vida; em última análise, é de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos da infância, do qual esperamos nos aproximar ainda mais, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar esta causa.

ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO POR UNIÕES HOMOAFETIVAS 133

**Mônica Medeiros Beder
Valkíria Malta F. C. Pereira**

SUMÁRIO

1. Introdução. 1. Homossexualidade. 1.1 Definições. 1.2 Histórico. 1.3 Tratamento jurídico no mundo. 1.4 Ausência de legislação no Brasil. 2. Entidade familiar. 2.1 Evolução da família. 2.2 Casamento. 2.3 União estável. 2.4 Família monoparental. 2.5 Concubinato impuro e sociedade de fato. 2.6 Uniões homoafetivas. 2.7 Avanços jurisprudenciais. 3 Breves comentários sobre a lei n.º 1.151/95. 4 Adoção por homossexuais. 4.1 Estatuto da criança e do adolescente. 4.2 Questionamentos. 5. Conclusão. Anexos.

1. Introdução

Diante de tantos avanços científicos, tecnológicos e sociais obtidos nos últimos séculos em nosso planeta, depara-se, ainda, assustadoramente e com bastante pesar, com o conservadorismo hipócrita da sociedade brasileira de não querer “enxergar” a existência de uniões homossexuais.

Desde a publicação do Código Civil Brasileiro de 1916 até os dias atuais, os cientistas descobriram a cura e o tratamento para milhares de doenças que eram responsáveis por inúmeras e inexplicáveis mortes, bem como revolucionaram na área da clonagem; a genética conseguiu comprovar a paternidade através do exame de DNA e realizar a inseminação artificial; a informática e os aparelhos domésticos estão cada vez mais modernos e presentes no cotidiano de muitos; além do fato da tão próxima e inevitável conquista de se poder viajar pelo espaço, através de vôos particulares.

Presenciou-se, há bem pouco tempo e miraculosamente, no aspecto social e político, a queda do muro de Berlim, o fim do *Apartheid* e a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como referência explícita da evolução da humanidade, onde os povos

estão unidos na defesa de uma vida melhor no mundo em que habitam.

Porém, no que se refere à orientação sexual, no Brasil, ainda persiste o preconceito contra as relações entre pessoas do mesmo sexo, contrapondo-se a alguns sinais intensos e significativos na luta contra esse tipo de comportamento arcaico.

Com a Lei n.º 10.406 (Código Civil Brasileiro de 2002), proveniente do Projeto de Lei de 10 de junho de 1975, instrumento de máxima importância para o regramento da vida em sociedade, o tema em questão sequer foi abordado pelo legislador tradicionalista, numa tentativa de negar a realidade dos vínculos afetivos homossexuais e, conseqüentemente, gerando no sistema jurídico vigente, a sua exclusão.

Vê-se, portanto, que é manifesta a lentidão do nosso Poder Legislativo em se adequar às crescentes mudanças que exigem urgente normatização. É imprescindível, sem sombra de dúvidas, uma ampla reforma no texto constitucional do nosso país e na legislação infraconstitucional, principalmente no que diz respeito ao tema deste trabalho, face as enormes lacunas carecedoras de solução e as polêmicas trazidas com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais pátrias.

Ressalte-se que o Direito busca nos fenômenos sociais a sua sustentação e, por isso, deve acompanhar as suas constantes mudanças, visando resguardar os interesses da coletividade e garantir a todos a proteção do Estado, não se admitindo continuar insensível e estagnado diante da realidade fática.

Nesse sentido, Sérgio Gischkow Pereira¹, defende que:

Não obstante, os fatos se impõem perante o Direito e a realidade força a sua adaptação a eles. Essa realidade se faz presente pela constante alteração dos costumes, mormente nas relações familiares, que evoluíram e se impregnaram de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade, afastando-

¹ A respeito, v. THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. **União homossexual** – reflexões jurídicas. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 1. abr. 1999.

se a hipocrisia, a falsidade institucionalizada e o fingimento, do não pode negligenciar o ordenamento jurídico.

Importante ressaltar que o fato social *Entidade Familiar* valorado conduz à norma, para garantir a paz, harmonia e segurança da sociedade, como bem exprime o brocardo *Ubi jus, ibi societas* (onde há direito, há sociedade), tal qual reafirmara brilhantemente Miguel Reale que o Direito nada mais é que a junção de fato, valor e norma.

Ora, os fatos são evidentes diante das extensas manifestações públicas de homossexuais, seja por passeatas ou “paradas gays”, demonstrando uma expressiva transformação em nossa realidade social. Há, atualmente, uma forte e gritante tendência em se assumir a homossexualidade, extinguindo-se, por conseguinte, gradativamente, com o confinamento daqueles que viviam temerosos pela discriminação existente.

Observa-se, aliás, que essa técnica de defesa e proteção à intimidade dos homossexuais está enraizada num indiscutível histórico de censura social ao comportamento sexual dos indivíduos, contrário à moral e aos bons costumes, considerado “normal” por convenções preestabelecidas.

No entanto, questiona-se os estereótipos de moralidade impostos, uma vez que toda pessoa tem o direito a sua orientação sexual e por isso devem ser respeitados e, sobretudo, porque os estigmas devem ser exterminados.

Ademais, o princípio basilar consagrado pela Constituição Federal de 1988 é o da dignidade da pessoa humana, disposta em seu artigo 1º, inciso III, evidenciando o dever de respeito e o tratamento igualitário a todo e qualquer cidadão.

Ainda nesse contexto, a norma constitucional dos artigos 3º, IV e 5º, *caput* e inciso X, abaixo transcrita, coíbe qualquer forma de discriminação:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifos nossos).

Visível, portanto, que as relações homoafetivas, apesar do dispositivo constitucional, são carecedores de um amparo igualitário, tal como é dado às uniões entre homem e mulher, pois não existe, no ordenamento jurídico vigente, uma norma que as disciplinem.

Desta forma, tendo em vista que a própria Constituição da República Federativa do Brasil coíbe qualquer tipo de discriminação, pergunta-se o motivo da ausência de uma legislação específica que regule seus direitos.

Torna-se indispensável, como se pôde observar, a discussão sobre possíveis soluções legais a respeito do tema desta monografia, com o intuito de reavaliar determinados conceitos presentes no Direito Civil, haja vista sua importância recente.

Destarte, com tudo que foi explicitado, por se tratar de um assunto que desperta várias reflexões, este trabalho abordará, no que se refere à adoção por uniões homoafetivas, a sua possibilidade jurídica abalizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, dando margem, pela ausência de normatização específica, aos questionamentos que serão aqui levantados.

Cumprе destacar, que é perfeitamente possível equiparar, quanto à adoção de um menor, o homossexual ao heterossexual, pois a faculdade de adotar não fica restrita apenas a um casal, haja vista que o ECA outorga a capacidade de adoção tanto ao homem quanto à mulher, bem como a ambos, conjunta ou isoladamente, desde que preenchidos os requisitos legais.

Isso é perfeitamente aceitável, pois o Estatuto busca, acima de tudo, a dignidade da criança e do adolescente, procurando-lhes garantir um lar seguro, que lhes ofereça amor, carinho, respeito e condições educacionais, independentemente da orientação sexual do adotando.

Por fim, merece esclarecer que não se propõe o presente trabalho expressar qualquer juízo de valor, seja na defesa ou censura de tais uniões, tampouco tem qualquer pretensão em exaurir a matéria em apreço, cabendo apenas sua análise sob a ótica jurídica, através de uma apertada apreciação crítica.

1. Homossexualidade

1.1 Definições

A classificação mais utilizada para a atração sexual pode se restringir a três gêneros: heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade.

O termo homossexual deriva etimologicamente da junção do vocábulo grego *homos*, que significa semelhante, e do vocábulo latino *sexu*, relativo ao sexo. Dessa forma, a homossexualidade é definida como sendo a atração sexual por pessoas do mesmo sexo.

De acordo com a melhor doutrina de Hélió Gomes², a homossexualidade “consiste na perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsão absoluta ou relativa, para os do mesmo sexo”.

É importante frisar que os homossexuais têm sua libido direcionada aos indivíduos de sexo homólogo, sem, contudo, obrigatoriamente desejarem pertencer ao sexo oposto.

Na verdade, este tipo de comportamento nada tem de opção, visto que ninguém escolheria uma forma de sexualidade tão repudiada. Trata-se, portanto, de uma orientação sexual e não opção, como é usualmente empregado pelos populares.

Fincado nessa premissa, ser homossexual, freqüentemente, significa passar por vários problemas, devido à atitude preconceituosa que eles enfrentam. Muitos se isolam e preferem esconder dos parentes e amigos a sua verdadeira identidade sexual, gerando sérias dificuldades em seus relacionamentos pessoais e enormes distúrbios emocionais. Tentam, desse modo, viver de forma velada para

² A respeito, v. DAHER, Marlusse Pestana. Uniões homossexuais. In: *Júris Síntese*, n.º 18, jul./ago. 1999.

preservar sua vida profissional e social, cujo lema da sombra sempre foi parte integrante do seu modo de encarar o mundo.

Entretanto, para aqueles que decidem tornar pública a sua homossexualidade, o primeiro obstáculo a ser vencido é o individual, de cunho psicológico e moral, pelo fato de não se acharem enquadrados no modo de vida que seus pais escolheram e por terem que admitir que suas atitudes são contrárias as da maioria das pessoas.

Passada essa etapa de autoconhecimento, geralmente longa e demasiadamente desgastante, deparam-se, ainda, com o nervosismo e o pavor de afrontar a sociedade ao exprimir sua atração sexual, cuja primeira reação que impera nas pessoas é a de surpresa e em seguida, de repulsa.

Felizmente, nos dias atuais, esse tipo de discriminação está sendo, aos poucos, superado. Há algumas pessoas, porém, que jamais aceitaram ou aceitarão. Muitas que são indiferentes e outras que acham essa orientação comum e plenamente concebível.

Partindo desse entendimento, há de se admitir que a comunidade homossexual “assumida” aumentou, por ter diminuído o sentimento de culpa que a afligia. Sua proliferação é nítida e está em toda parte. Seja nas livrarias, galerias de arte, *Shoppings Centers*, academias de ginástica, danceterias, filas de cinema ou mesmo, nas ruas.

Essa atitude demonstra que os homossexuais resolveram sair do seu “mundinho recluso” para impor respeito, procurando dar transparência a esse novo fenômeno.

Aliás, mister se faz destacar que existem atualmente no mercado várias empresas investindo no público “gay”, que, em sua grande maioria, tem um bom poder aquisitivo e é exigente quanto ao atendimento oferecido. E dentre esses empreendimentos, muitos deles estão localizados em valorizadíssimos bairros das grandes cidades brasileiras, e outros estabelecimentos, não só recebem com hospitalidade os casais do mesmo sexo, como são também freqüentados livremente pelo público heterossexual, convivendo pacificamente e sem discriminações.

Porém, a discussão que ora se coloca é que não se pode negar a existência dos efeitos que as relações unidas pelo afeto

recíproco possam surtir no mundo jurídico. Esta nova realidade precisa ser vislumbrada pelo Direito, que nada mais é que o reflexo da vida em coletividade e deve caminhar ao lado dos seus anseios.

Assim, é imperativo que lhes sejam dados tratamento adequado, visto que a homossexualidade não desaparecerá negando-se os seus direitos, pois a liberdade na escolha do seu parceiro sexual é inerente a todo ser humano e o mais importante é a busca pela paz interior, pela felicidade e pelo amor.

Vale dizer, também, que o bem mais precioso do ser humano, que é a vida, não tem sentido se não houver liberdade ou respeito às diferenças.

1.2 Histórico

Desde os tempos mais longínquos, datados de aproximadamente dois mil anos antes de Cristo, já existiam, no Egito, documentos descrevendo relações homossexuais entre deuses e homens.

Essa prática, contudo, foi exteriorizada principalmente entre os gregos, que a consideravam mais aristocrática que a união heterossexual, conferindo-lhes qualidades de extrema intelectualidade e nobreza aos seus adeptos.

Seguiram-se, na Idade Média, vários registros de homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, e durante a Renascença, a crença que as cidades de Sodoma e Gomorra teriam sido alvo do castigo divino às atitudes humanas pecaminosas das orgias de pederastia e bestialidade da época.

Interessante historiar, nessa fase, a prática homossexual dos artistas Michelangelo e Leonardo da Vinci, e do filósofo Francis Bacon, dentre tantos outros.

Com o Cristianismo, todas as relações sexuais que não fossem entre homem e mulher eram definidas como abomináveis, repugnantes, aberração da natureza, transgressão à ordem natural e atos delituosos, devendo ser punidas severamente, até mesmo com a exclusão total da sociedade dos seus praticantes.

A homossexualidade, então, passou a ser vista como anomalia e, com a Inquisição instituída pelo Papa Gregório IX, a

Igreja Católica começou a impor seus conceitos de moralidade sexual ao seu bel prazer.

Sob esse aspecto, convém afirmar que é indiscutível que as maiores e mais fortes reprovações contra a homossexualidade emanam das religiões. Cumpre citar que alguns teólogos, que acreditavam que a única e exclusiva finalidade do ato sexual era a da procriação, não admitiam que o homem desperdiçasse seu sêmen nas relações com parceiros do seu sexo. Quanto à mulher, devido à ausência de fluidos seminais, a homossexualidade era avaliada como mero ato pornográfico e de luxúria.

Até mesmo presentemente, nos países islâmicos, essa prática é considerada crime por ser contrária aos seus costumes religiosos.

Além disso, como é sabido, os homossexuais já foram considerados criminosos e condenados pela sociedade à força, à prisão e a trabalhos forçados.

Em outra época, foram vistos como portadores de anomalia e sua patologia disposta na Classificação Internacional de Doenças (CID), como provenientes de perturbações mentais. Muitos deles, inclusive, foram submetidos a intensos tratamentos psiquiátricos a fim de “se curarem” do seu mal.

Somente há aproximadamente vinte anos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), deixou de constar o artigo 302 do CID como doença mental, modificando o diagnóstico do homossexualismo para uma anomalia decorrente de distúrbios psicossociais ocasionados por algum desajustamento conseqüente da discriminação sexual ou religiosa.

Com o decorrer de uma década, mais precisamente no ano de 1995, a OMS substituiu o termo homossexualismo por homossexualidade, por compreender tratar-se de um modo individual de ser, baseado no resultado de uma série de fatores e influências biológicas, psicológicas e sócio-culturais.

Hodiernamente, o desejo por pessoas do mesmo sexo é avaliado como um distúrbio de identidade, um desvio adquirido pelo impulso sexual, determinado pelo inconsciente psicológico, nada tendo de opção sexual. Já que não é mais considerada uma doença,

não pode ser vista como opção sexual racional e consciente, nem como determinação genética.

Insta salientar, que a concepção da Igreja Católica, ultimamente sob o pontificado de João Paulo II, de sempre considerar a relação homossexual uma verdadeira perversão e desvio comportamental, combatendo-a aberta e incessantemente, tropeça paradoxalmente com uma passagem bíblica que diz: “não julgueis, para que não sejais julgados”, reforçando o princípio que ninguém pode ser discriminado.

Além disso, o que falar da infinidade de padres e religiosos que vêm revelando sua livre expressão sexual, instituindo, até mesmo, templos que são presididos e freqüentados unicamente pelo público “gay”?

Malgrado o preconceito, na tentativa de se adequar às constantes mudanças sociais e reivindicações dos direitos por parte dos prejudicados, adotou-se nos países mais progressistas, uma legislação de amparo às diferenças sexuais. Vários deles com estatutos semelhantes ao da união civil estável para casais homossexuais, alguns deles concedendo os mesmos direitos civis dos casamentos heterossexuais, e outros reconhecendo e estabelecendo garantias legais para as famílias formadas por uniões homoafetivas ou direito à adoção, como veremos oportunamente no item seguinte.

1.3 Tratamento jurídico no mundo

Alguns ordenamentos jurídicos dos países mais civilizados já têm assegurado os direitos das uniões homoafetivas. A sua discriminação é considerada, desde o ano de 1991, como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional.

Em 1992, em Israel, foi elaborada a Lei de Igual Oportunidade e Emprego, vedando todo tipo de discriminação proveniente da orientação sexual do empregado, havendo, inclusive, decisões judiciais favoráveis ao parceiro homossexual do servidor enfermo, quanto aos benefícios previdenciários.

Outras conquistas ocorreram na Suécia, no início de 1995, com o reconhecimento da *Partenariat*, instituto jurídico responsável pela oficialização das relações homossexuais unidas pela afetividade, e na África do Sul, em 1996, onde foi instituída a primeira

Constituição a proibir expressamente a discriminação em razão da orientação sexual.

No tocante às nações européias, compete ressaltar que já se estabeleceram normas para os companheiros do mesmo sexo, principalmente na Noruega, Hungria, Dinamarca, Islândia e outros países nórdicos, reconhecendo-se a união civil homossexual através parcerias registradas, com os mesmos efeitos legais do casamento, até mesmo a permissão para a guarda conjunta dos filhos, com exceção, porém, à adoção.

Para os casais homossexuais, as únicas exigências feitas na Dinamarca são que a união seja registrada oficialmente e que pelo menos um dos parceiros tenha nacionalidade dinamarquesa e residência fixa no país.

Já a Holanda, no ano de 2001, equiparando as uniões homossexuais àquelas entre os conviventes heterossexuais, possibilitou não só o casamento, como a adoção de crianças pelos parceiros do mesmo sexo, confirmando a supremacia da mentalidade daquela população e o pioneirismo nesse campo jurídico.

Quanto à Alemanha, que nos tempos nazistas deu aos homossexuais o mesmo tratamento que fora reservado aos judeus, atualmente possui, a partir de uma reforma legislativa de 2001, a Lei da União Estável Homossexual (*Lebenspartnerschaftsgesetz*).

A França, país predominantemente católico, surpreendeu ao aprovar um Pacto Civil de Solidariedade entre homossexuais, reconhecendo legalmente sua união e garantindo o direito à imigração, à sucessão e à declaração conjunta de renda, restringindo, porém, a adoção por parceiros do mesmo sexo.

No que se refere aos países americanos, os Estados Unidos concedem, nos dias atuais, asilo aos homossexuais, desde que comprovada a perseguição política, e impõem o pagamento de indenização pelo dano causado pela prática de abuso sexual entre pessoas do mesmo sexo.

O governo do Havaí, por sua vez, outorga aos funcionários públicos homossexuais e seus parceiros, os benefícios de saúde, de pensão e indenização por morte.

No Canadá, o Supremo Tribunal considerou inconstitucional a definição de casamento como “união entre homem e mulher” em alguns dispositivos legais. Dessa forma, a referida Corte combateu a discriminação sexual com base na violação constitucional da isonomia, dispondo que a expressão “cônjuge” deveria ser extensiva aos casais do mesmo sexo e não apenas restritas às uniões celebradas pelo casamento.

Não obstante, o governo estendeu os benefícios médico e odontológico aos parceiros dos empregados homossexuais, admitindo que fossem tratados como membros de uma união estável e reconhecendo, em algumas cidades, a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Ainda discorrendo a respeito, na Argentina, mais precisamente na cidade de Buenos Aires, há bem pouco tempo, foram reconhecidos os direitos civis das uniões homossexuais, dando-as o mesmo tratamento do instituto do casamento.

1.4. Ausência de legislação no Brasil

Constata-se, em nosso país, apesar da iniciativa do Projeto de Lei n.º 1.151/95, da evolução na conceituação da homossexualidade pela Organização Mundial de Saúde e das vitórias difundidas mundialmente, que a problemática advinda dos vínculos afetivos dos casais do mesmo sexo ainda persiste, devido à carência de normatização.

Evidentemente, com a omissão do legislador, amparam-se os magistrados para a aplicação *in concreto*, no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que as lacunas sejam solucionadas pela analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Pelos motivos aduzidos, raríssimas são as obras doutrinárias a respeito do assunto e acanhadas as decisões favoráveis nos tribunais pátrios aos parceiros homossexuais unidos pelo afeto, encontrando-se pouquíssima jurisprudência nas Regiões Sul e Sudeste.

O que se percebe é que a homossexualidade, no Brasil, mesmo presente nos tempos mais remotos dentre as diversas camadas da sociedade, sempre foi discriminada por desafiar os padrões estabelecidos de normalidade impostos pela sociedade moralista e,

talvez por isso, não tenha merecido do legislador uma regulamentação específica para dirimir quaisquer conflitos resultantes das relações baseadas na afetividade.

Porém, é preciso destruir o moralismo que circunda o meio jurídico e encarar a realidade das uniões homoafetivas, para que esse tipo de relacionamento receba o devido amparo legislativo para não ficarem entregues apenas ao entendimento judicial, pois não constitui novidade nos tribunais o assombro de constantes controvérsias que envolvem os parceiros do mesmo sexo.

Cabe destacar que é imprescindível que a sociedade brasileira acompanhe as mudanças atuais, permitindo que todos sejam tratados com dignidade e igualdade perante a lei, conforme os princípios constitucionais vigentes.

Especialmente porque os casais homossexuais, que antes se isolavam em “guetos” para encontrar os amigos e namorar sem serem molestados, como mecanismo de proteção contra a homofobia, começaram a sair de seus “esconderijos” e passaram a expor suas vontades, a se exibir e a exigir respeito da sociedade.

Conquistaram, vagarosa e incansavelmente, indicando concretas evoluções nessa nova fase de exposição homossexual, o direito de freqüentarem bares, restaurantes, boates e espetáculos artísticos, como qualquer outro ser humano, e desta forma devem ser tratados.

Errôneo pensar que esse novo fenômeno é puro exibicionismo. O fato é que a homossexualidade está cada dia mais evidente e constante sua manifestação na mídia em geral. Todos sabem de sua existência, inclusive nas chefias de governo, deixando de ser visto como um “assunto proibido” e sendo aceito livre e abertamente por muitos.

Outro erro é vincular a homossexualidade obrigatoriamente à promiscuidade. Vale registrar que esse pensamento distorcido tomou rumos de grandes proporções como o surgimento da AIDS, inicialmente conhecida como “peste gay”.

Entretanto, essa visão foi reavaliada com o aumento expressivo do número de mulheres infectadas, até mesmo entre as casadas, levando à conclusão que a orientação sexual não era o fator

determinante dessa síndrome e sim a conduta de risco, principalmente no uso de drogas injetáveis e na recusa no uso de preservativos.

Por conseguinte, no limiar deste milênio, necessária se faz a adaptação do Direito aos novos contextos sociais, que aos poucos vem mudando a maneira de conceber as uniões homossexuais, devido à evolução dos costumes, a mudança de valores e do conceito de moral, de modo a garantir, a essas relações, um tratamento justo, válido e eficazmente positivado.

2. Entidade familiar

2.1 Evolução da família

Ao herdar o conceito de sexo do Direito Romano, como sendo a forma de perpetuação da espécie humana, os primeiros agrupamentos familiares, em sua maioria numerosos, obedeciam apenas ao aforismo bíblico: “crescei e multiplicai-vos”. O ato sexual, até então, tinha como único objetivo o da geração de filhos, onde a prole e os seus agregados eram necessários para a proteção do grupo familiar.

A mulher, sempre inferiorizada na sociedade conjugal de antigamente, era vista como incapaz de reger a sua própria vida, ficando absolutamente à mercê da hegemonia masculina.

Assim, por longos anos, a mulher, tida como propriedade do homem, passou da dependência do pai à dependência do cônjuge e, quando dissolvido o casamento pela morte do marido, à submissão da autoridade dos filhos varões.

Com a regulamentação do Direito de Família pelo Código Civil de 1916, coube aos cônjuges, segundo os artigos 233 e 240:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Compete-lhe:

- I – a representação legal da família;
- II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;
- III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudicar;

IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Art. 240. A mulher, **com o casamento**, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido **nos encargos da família**, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. **(grifos nossos).**

A crença que o papel feminino, na sociedade patriarcal, era de escravidão e de dever de obediência ao marido, passou por visíveis transformações quando a mulher foi considerada cidadã pela Constituição de 1934 e também com a vinda do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62) e da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77).

Mesmo com a relutância exagerada de muitos, a sociedade acabou por aceitar o divórcio, regularizando a situação jurídica do fim da sociedade conjugal e desatando os laços que uniam os cônjuges que não mais se amavam e possibilitando que cada um pudesse ser feliz ao lado de outra pessoa.

O Direito de Família, por isso, passou por um processo de emancipação feminina, ao considerar a mulher não mais como simples objeto, mas como sujeito de direito, conferindo-lhe capacidade jurídica e poderes sobre os filhos do casal e sobre a administração de seus próprios bens.

A auto-estima, assim, foi resgatada pelas mulheres de outrora, a ponto de ocasionar sérios questionamentos jurídicos para os padrões daquele período, de modo que o Código Civil de 1916 sofreu alterações e revogações no que diz respeito aos direitos e deveres advindos do casamento, inclusive sobre a gerência dos bens, a convalidação de novas núpcias e os direitos ao pátrio poder, conforme se demonstra a seguir:

Art. 226. A mulher que exercer profissão lucrativa, **distinta da do marido**, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho **assim auferido** e os bens com ele adquiridos constituem, **salvo estipulação diversa em pacto antenupcial**, bens reservados, dos quais **poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III do art. 242.**

Art. 248. A mulher casada **pode livremente:**

I – Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior.

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias, não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido (**grifos nossos**).

Conseqüentemente, a Constituição Federal de 1988, face às mudanças provocadas pelo Estatuto da Mulher Casada e da Lei do Divórcio, tratou de igualar a mulher ao homem, nos direitos e obrigações, como é possível observar abaixo:

Tais regras constitucionais tornaram-se princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, revogando todas as disposições anteriores que consagravam a desigualdade entre o homem e a mulher.

Todavia, apesar do diploma constitucional do tratamento igualitário, ainda continuam presentes os vários despautérios de reprovação social a serem vencidos, haja vista que o adultério é mais aceito dentre a população masculina, devido o seu instinto viril e animalesco, como se não fosse possível a mulher sentir-se atraída por outra pessoa que não o seu marido, tendo que ser rotulada como promíscua e vulgar por essa atitude.

Mister se faz, também, afirmar, que essa batalha feminina acarretou, aliada às transformações sociais e econômicas existentes, ao surgimento do planejamento familiar, que se opôs à idéia de união matrimonial como disciplinadora das relações entre o homem e a mulher com fins procriativos, de maneira que coube ao casal a decisão do número de filhos e da forma de educá-los.

Observa-se que até o casamento, visto como regulamentação social do instituto da reprodução pelo nosso Direito de Família, teve que se curvar à evolução da sociedade e dos modelos preconcebidos, inserindo em seus ideais a compreensão de planejamento familiar.

Ademais, diante da crescente desigualdade na distribuição de renda, a família brasileira teve que se adaptar às novas condições de sustentabilidade oferecidas. O controle de natalidade, sem qualquer interferência estatal, repercutiu de maneira preocupante na vida do casal, como meio de prevenção contra o crescimento demográfico

desordenado, o aumento da fome, miséria e violência, e a escassez de empregos e meios de subsistência.

Por tais motivos, coube ao Estado, de acordo com o texto constitucional do artigo 226, § 7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifos nossos).

Pode-se afirmar, ainda, que os avanços científicos em muito contribuíram para a conscientização do planejamento familiar, pois a mulher deixou de ser a parte passiva do relacionamento e, a passos tardios, começou a gerir sua família, através dos métodos contraceptivos, da fecundação *in vitro* e da inseminação artificial.

Deixou de ser a serva do marido e revelou-se no casamento, em pé de igualdade, tanto na guarda dos filhos e administração dos bens da família, como na condição de trabalhadora e mantenedora do lar, juntamente com o marido.

Acrescente-se o fato que a maioria das mulheres, nos dias atuais, ocupam os mais diversos cargos no mercado de trabalho, com rendimentos, algumas vezes, superiores aos dos homens, assumindo o sustento de sua família.

Outro aspecto importante é que a própria revolução sexual das últimas décadas, com a descoberta feminina do sexo como fonte de prazer, conferindo sua independência e igualdade na sociedade conjugal, trouxe muitas inovações no núcleo familiar, onde muitas famílias hoje são compostas apenas pelo casal sem filhos, ou pelo casal com um ou dois filhos apenas.

Tal limitação originou-se, principalmente, pelo medo das doenças sexualmente transmissíveis e pela consciência da importância de mecanismos de controle populacional, em face da preocupação com a saúde, educação, bem-estar e custeamento da prole do casal.

Tanto é verdade que nos dias atuais, não há como se falar de chefia da sociedade conjugal, como já exposto, visto que tanto o homem quanto a mulher são responsáveis pela direção da família.

A maternidade, aliás, não mais se vincula exclusivamente ao conceito de casamento. Há muitas mulheres favoráveis, nos dias de hoje, à chamada "produção independente", assumindo sozinhas a tarefa árdua na guarda e sustento dos filhos.

Percebe-se, assim, que o instituto do casamento não é mais necessário para a legitimação da relação conjugal e para sua devida proteção estatal. As uniões de convivência e a família têm seus direitos garantidos e assegurados pelo Estado, independente da obrigação contratual assumida pelo matrimônio, valendo-se apenas da livre e espontânea vontade dos conviventes.

Isso é possível constatar com a inserção, no texto constitucional, do art. 226, que, de modo não taxativo, prevê outras formas de família além daquela proveniente do casamento, como a união estável e a família monoparental, a serem abordadas a seguir.

Outras mudanças ainda podem ser apontadas pelo surgimento das sociedades de fato, que vêm recebendo a tutela jurisdicional pelos tribunais mais progressistas, demonstrando que o nosso sistema jurídico visa resguardar os direitos decorrentes dos novos modelos de família baseados na afetividade entre seus integrantes.

Completando, outra conquista trazida pela Constituição Federal de 1988, que tanto sentiu os reflexos das mudanças sociais, hoje em dia não admite qualquer tipo de discriminação, inclusive, quanto aos filhos legítimos, ilegítimos e adotivos do texto do Código Civil de 1916.

2.2. Casamento

Ao longo dos tempos a família foi se modificando e continuará sempre em constante dinamismo. Dizer que existe um padrão ideal ou de normalidade é contrariar todo o tipo de manifestação de liberdade na escolha de seu núcleo.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias que: "O conceito de normal x anormal decorre de uma sacralização do conceito de família,

que é historicamente associada a casamento e filhos, supondo sempre uma relação heterossexual”.³

A família, que desde a Constituição de 1934 era constituída pelo casamento indissolúvel, sofreu significantes inovações a partir de 1988, ao dispor no artigo 226 da Lei Maior, de modo exemplificativo, o pluralismo de manifestação das entidades familiares.

Porém, dentre os mais diversos civilistas, a interpretação que impera é na outorga de direitos apenas às três espécies de entidade familiar expressamente elencadas em seu *caput*, §§1º e 2º, com a primazia da família constituída pelo casamento, em seu § 3º com a união estável e no §4º, com a família monoparental ou unilinear.

Assim sendo, ao configurar equivocadamente *numerus clausus* para esse dispositivo legal, seus defensores omitiram as outras formas de entidade familiar existentes, provenientes das relações de afeto, com características de coabitação, durabilidade e de estabilidade.

Em outras palavras, a união entre irmãos ou parentes que convivam, após o abandono ou falecimento dos pais, sob laços de afetividade e ajuda mútua, não poderiam ser vistas como família. Do mesmo modo, as uniões homossexuais e as concubinárias.

Note-se que, com a Constitucionalização do Direito de Família, a formação de prole e a capacidade procriativa não são mais requisitos fundamentais da entidade familiar.

Dessa forma, o casamento, uma das instituições mais antigas do mundo civilizado, que antes era concebido como a conjunção entre homem e mulher que se vinculam entre si perante a lei e por toda vida, não é mais a única forma de legitimação de família.

Cumpra assinalar que a união heterossexual, mediante *more uxorio*, com a finalidade precípua a continuidade e proteção da família através dos filhos, tinha como objetivo maior a acumulação conjunta de patrimônio.

Contemporaneamente, a ausência de relações sexuais e de prole, como já mencionado, não desconstitui o casamento.

³ DIAS, Maria Berenice. *Efeitos patrimoniais das relações de afeto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 150.

A essência da família se baseia apenas nas relações de convivência espontânea e mútua assistência, compartilhando suas vidas, os bens e as responsabilidades que derivam do vínculo afetivo.

Porém, as novas formas de entidade familiar não surgiram para destruir o casamento, instituto tradicionalista da formação da família, mas como forma de adaptar-se às mudanças, destacando-se, aquelas derivadas do afeto e da espontaneidade.

Por esse motivo, a nossa Carta Magna de 1988, reconheceu outras formas de entidade familiar ao disciplinar as uniões estáveis e as famílias monoparentais.

Ou nas sábias palavras de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho⁴:

Atualmente, com o expresse reconhecimento da união estável e da família monoparental, rompeu a CF de 1988, definitivamente, com o aprisionamento da nos moldes restritos do casamento. Ao invés da segurança imposta, o pluralismo reconhecido como fato e valor social, hoje incorporado ao ordenamento como princípio.

Como o referido diploma legal, mesmo que timidamente, o Estado reconheceu a liberdade na escolha da família, observando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade perante a lei.

2.3. União estável

Com o declínio do modelo patriarcal de família, mudaram os paradigmas existentes e o matrimônio deixou de ser sua única forma de manifestação.

A constitucionalização do Direito de Família elevou, pela inserção do artigo 226, §3º, a união estável à categoria de entidade familiar, considerando-a como família legítima e prevendo sua conversão em casamento, conforme se depreende de seu texto:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

⁴ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. Famílias Simultâneas e Concubinato adulterino. In: *Revista do Ministério Público*, Alagoas, n. 6, jul/dez.2001, p.54.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifos nossos).

Com esse reconhecimento, a CF/88 visou a proteção dos filhos gerados dessa relação afetiva não formalizada pelo matrimônio, porém com todas as suas características, exterminando de vez com a exclusiva proteção do Estado ao laço sacramental do casamento.

Conseqüentemente, tratamento específico foi dado a matéria no arcabouço legislativo nacional, com a instituição da Lei n.º 9.278/96, trazendo enormes contribuições para o ordenamento vigente, através de construções doutrinárias e jurisprudências.

O artigo 1º da supracitada Lei, regulador do §3º do art. 226 da Constituição Federal, que tem o mesmo texto do art. 1723 do Código Civil de 2002, assim dispõe a respeito da matéria: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida como o objetivo de constituição de família”.

A quebra da hegemonia secular do casamento e a institucionalização da união estável têm como principal fundamento os anseios e interesses dos diversos integrantes da entidade familiar, priorizando, como já dito anteriormente, os interesses dos filhos e do vínculo afetivo que os une.

2.4. Família monoparental

Outra forma de entidade familiar prevista constitucionalmente no § 4º do art. 226 foi a família monoparental ou unilinear, que surgiu, refletindo o dinamismo dos fatos sociais, com a instituição do divórcio, onde a mulher, na maioria das vezes, assumia sozinha a guarda de seus filhos e a chefia da entidade familiar.

No mesmo sentido, com a independência feminina, muitas famílias surgiram sem a presença do marido, pelo fato da mulher não querer casar ou compartilhar de uma vida comum com seu parceiro, formadas exclusivamente pela “mãe solteira” que se valeu da “produção independente” e seu (s) filho (s).

Também não se pode esquecer dos homens que detém a custódia dos filhos perante a justiça, determinado judicialmente pelo

abandono da mãe ou por possuir melhores condições em zelar e educar seus filhos.

Todas essas realidades constituem a família monoparental, de acordo com o art. 226, § 4º, que preconiza: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Vale destacar a opinião de Leonardo Barreto Moreira Filho⁵: “Com as inovações constitucionais, admite-se uma maior flexibilidade na definição de entidade familiar, agora em sentido amplíssimo, alcançando, por exemplo, a comunidade formada entre a mãe viúva e seus filhos”.

Anote-se, que as relações provenientes do casamento, da união estável, bem como da família monoparental, por estarem contidas na Constituição Federal, está, inegavelmente inserto no campo de regras cogentes do Direito de Família e indisponíveis ao arbítrio das partes, quanto aos efeitos por elas gerados, tendo maior eficácia e aplicabilidade.

2.5. Concubinato impuro e sociedade de fato

Tratam os artigos 1.727 e 981 do Código Civil Brasileiro, respectivamente, do concubinato impuro e a sociedade de fato, abaixo transcritos:

Art. 1727. As relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem o concubinato.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (grifos nossos).

As relações de concubinato impuro, que apesar de serem consideradas adulterinas, estão cada dia mais presentes no âmbito social, gerando efeitos jurídicos durante o período de sua constância.

⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A constitucionalização do Direito de Família. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 ago. 2003.

A impossibilidade legal de equipará-las às uniões estáveis consiste no fato de o concubinato impuro ser estabelecido entre uma pessoa com família constituída, impedida de contrair núpcias, e uma outra, configurando, deste modo, a poligamia.

No entanto, os tribunais têm se manifestado, através de jurisprudências, para dirimir os conflitos relacionados à partilha de bens entre esses parceiros, considerando-as como sociedade de fato (*affectio societatis*) e exigindo, para tanto, a prova do esforço comum como meio de contribuição patrimonial entre os conviventes.

Nesse sentido, a jurisprudência tem se utilizado da Súmula 380 do Excelso Pretório para a legitimação da partilha de bens provenientes da união concubinária, trazendo a lume o reconhecimento, à companheira que participou da formação do patrimônio do casal, do direito à percepção de parte dos bens havidos no período da união, quer pela contribuição através de rendimentos do seu trabalho, quer pela prestação de serviços domésticos desprendidos no cuidado do lar.

Vale destacar o ensinamento do renomado civilista Paulo Luiz Netto Lôbo⁶, em afirmar que:

Há forte tendência da jurisprudência dos tribunais brasileiros em buscar fundamento de decisão, que reputam justa, para solução de conflitos decorrentes de entidades familiares não explicitadas na CF, na Súmula 380 do STF cujo conhecido enunciado estabelece: ‘Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (grifos nossos).

Atente-se que o legislador, ao regular o concubinato impuro, não o contemplou como relação baseada na afetividade, mas como mero contrato social, que, presumidamente, deveria ser regulado pelo Direito das Obrigações e não pelo Direito de Família, visto que se dirige apenas à concorrência de esforços para a constituição de um patrimônio comum.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 12, jan/fev/mar/2002, p.50.

Ademais, as conseqüências jurídicas quando da aplicação da referida Súmula restringem-se, exclusivamente, ao aspecto econômico da relação adulterina, de modo que o autor supramencionado assim se manifesta:

Os conflitos decorrentes das entidades familiares devem ser resolvidos à luz do Direito de Família e não do Direito das Obrigações, tanto os direitos pessoais, quanto os direitos patrimoniais e quanto os direitos tutelares. Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução da partilha dos bens adquiridos durante a constância da união afetiva, pois o Direito de Família atual adota o modelo, vigente nos tipos de casamento e união estável – que deve ser utilizado para os demais tipos – da igual divisão deles, exceto os recebidos por herança ou doação ou os considerados particulares (grifos nossos).

Desta feita, inegável a equiparação da união concubinária à entidade familiar, visto que são baseadas na afetividade e, assim sendo, merecem o mesmo tratamento igualitário previsto constitucionalmente, desde que presentes os requisitos legais da vida em comum, os laços afetivos e a assistência mútua.

2.6. Uniões homoafetivas

Ao não se prever os prováveis direitos gerados pelas uniões entre pessoas do mesmo sexo, abriram-se as portas para os debates polêmicos em toda sociedade, valorando-as, e por conseguinte, incumbindo aos juízes, nos casos concretos, a fim de sanar as lacunas da lei, a inovação na solução desta problemática, cuja função, *a priori*, é inerente do Poder Legislativo.

Sob o prisma jurisprudencial de parques tribunais, principalmente do Rio Grande do Sul, tal como ao concubinato impuro, idêntico tratamento tem sido dado às uniões homoafetivas, quanto o direito à partilha do patrimônio amealhado durante o convívio de fato após sua dissolução, gerando as mesmas conseqüências jurídicas das sociedades de fato.

Em outros casos, equiparam-nas à união estável, de tal forma que o TJRS já conferiu aos casais homossexuais os mesmos benefícios previdenciários devidos aos casais heterossexuais.

A esse propósito, o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) se utiliza da Instrução Normativa n.º 25, de 07 de janeiro de 2000, cujo art. 2º assegura que as pensões por morte, requeridas por companheiro ou companheira homossexual, serão reguladas pelo mesmo dispositivo normativo que rege as relações heterossexuais, ou seja pelo Capítulo XII da Instrução Normativa n.º 20, de 18.05.2000.

Por outro lado, apesar de favoravelmente equiparar as uniões homossexuais às sociedades de fato ou uniões estáveis, não as alçaram ao patamar de entidade familiar, por não apreciá-las como relações vinculadas pela afetividade.

Aqueles que censuram a prática da homossexualidade e sua equiparação à família, partem da premissa de que a heterossexualidade é atributo intrínseco da entidade familiar, bem como a obrigatoriedade de filiação.

Contudo, tais argumentos não procedem, uma vez que o texto constitucional, já devidamente exposto nesse trabalho, prevê a união estável, que prescinde da existência de prole, posto que a reprodução não é fator decisivo para seu reconhecimento; e a família monoparental, que pode ser formada pela adoção, independente do estado civil e orientação sexual, por um dos companheiros e seu filho.

Destarte, entende-se que as uniões homossexuais fazem parte do conceito de entidade familiar, principalmente através do instituto da adoção, desde que firmados pelos laços afetivos, vida em comum, coabitação e mútua colaboração na formação do patrimônio dos conviventes. É irrefutável a função do Judiciário, nesse sentido, em emprestar juridicidade as relações homossexuais baseadas em afeto, apesar de não constarem do rol de entidades familiares constantes do art. 226 da Constituição Federal.

A respeito deste assunto, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo⁷:

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 46.

fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas (grifos nossos).

Prossegue comentando, o ilustre jurista, na defesa da afetividade como pressuposto da família, que:

A Constituição Federal abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução da família, especialmente:

a) todos os filhos são iguais, independente de sua origem (art. 227, § 6º);

b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);

c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º);

d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º). (grifos nossos).

No mesmo raciocínio, ressalte-se a opinião da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias⁸, transcrita a seguir:

A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. (grifos nossos).

⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. O preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 102.

Como se pôde observar, o vínculo afetivo é o traço fundamental para o reconhecimento de entidade familiar, inexistindo razões em não se outorgar a tutela jurídica para as uniões homoafetivas, devendo ter os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, inserindo-as no âmbito do Direito de Família.

Cabe explicitar que não se questiona a possibilidade de conversão dos relacionamentos entre parceiros do mesmo sexo em casamento, o que seria adversa à mais distinta doutrina e jurisprudência nacional, visto que esse instituto permanece reservado aos casais heterossexuais.

Tampouco se pretende equipará-los às uniões estáveis, consideradas entidades familiares, pois só são admissíveis, pela interpretação do texto constitucional, entre o homem e a mulher.

O que se conjectura é que seja dada à definição de entidade familiar, uma maior flexibilidade, permitindo examinar as uniões homoafetivas sob o ponto de vista jurídico completamente distinto daquelas já previstas, de maneira que se possa outorgá-las a merecida proteção estatal.

Há uma realidade, porém, da qual não se pode fugir: o Poder Legislativo tem que se posicionar a respeito das uniões homoafetivas, pois são várias as decisões contrárias dos juízes e desembargadores que não aplicam o emprego da analogia na equiparação, pelo menos, às uniões estáveis ou sociedades de fato.

Urge uma regulamentação para tais uniões que buscam a tutela jurisdicional do Estado, para solucionar litígios de toda espécie, não podendo ficar desamparados da lei e submetidos ao mais completo esquecimento.

Partindo do princípio que esses relacionamentos entre casais do mesmo sexo são baseados no afeto, deve-se conceder os mesmos direitos e deveres que são determinados aos casais de sexos opostos. Deve-se, portanto, assegurar a tutela jurisdicional àqueles que compartilham entre si dos sentimentos de amor, respeito e solidariedade, qualquer que seja a orientação sexual dos parceiros.

Contudo, acredita-se que ao assim se constituir, várias serão as críticas e discussões geradas na sociedade, tal como foram

recepcionados o divórcio, a união estável, o concubinato e o reconhecimento dos filhos adulterinos.

Apesar de tudo, essa problemática carece ser sanada, para coibir a discriminação de cunho sexual e para que todos sejam merecedores do tratamento igualitário previsto na Constituição Federal no inciso III do art. 1º e do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 5º, *caput*.

2.7. Avanços jurisprudenciais

Na lacuna da lei, cabe ao juiz, pela função que lhe é inerente, solver os conflitos existentes e assegurar direitos, valendo-se do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim sendo, cabe citar a pioneira decisão do Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º da CF/88 para um dos membros da união homoafetiva.

Dessa forma, o TSE reconheceu a impossibilidade de concorrer ao cargo eletivo, sob o argumento de haver interesses comuns entre os parceiros do mesmo sexo, equiparando tal relacionamento ao casamento e à união estável, de modo a concebê-la como entidade familiar, em face da presença do forte vínculo afetivo.

Outro fato de extrema relevância a se destacar é a decisão da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, ao aplicar a disposto no art. 4º, § 1º da Lei n.º 6.194/74, com redação determinada pela Lei n.º 8.441/92, concedendo ao companheiro homossexual o direito ao recebimento de indenização de seguro, como dependente preferencial, em caso de morte do outro por acidente de trânsito.

Tal decisão foi motivada por iniciativa de uma Ação Pública do Ministério Público Federal contra a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, o que provocou a expedição da Circular n.º 257, de 21 de junho de 2004, regulamentando o direito e pondo fim às controvérsias existentes.

Vale registrar, também, a decisão recente da Corregedoria Geral do Rio Grande do Sul que acrescentou, através do Provimento

n.º 6/2004, um parágrafo ao artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, assim disposta:

As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou posição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito (grifos nossos).

Diante de todas essas inovações, cabe explicitar ainda, que, ao final desta obra, serão anexadas algumas ementas pertinentes ao tema, a título ilustrativo, como meio de se demonstrar os avanços obtidos nos tribunais pátrios.

3. Breves comentários sobre o projeto de lei n.º 1.151/95

Embora louvável a iniciativa do Projeto de Lei n.º 1.151/95, que disciplina a união entre pessoas do mesmo sexo, elaborado pela ex-Deputada Federal do PT/SP, Marta Suplicy, é inconcebível a lentidão na sua aprovação, visto que tramita no Congresso Nacional há quase uma década e está longe de amparar essa minoria há muito esperançosa de um amparo legal.

Tal projeto, causador de inúmeras discussões em nossa sociedade atual, que insiste, na sua maioria, em permanecer conservadora, tem por essência a tutela estatal aos direitos daqueles que buscam o reconhecimento da união homoafetiva. É composto de 18 artigos e tem por objeto a legalização dos relacionamentos homossexuais através de um contrato escrito, mediante a inscrição em livro próprio, no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Vale destacar, que o referido Projeto de Lei, através do substitutivo adotado pela Comissão Especial, sob a autoria do relator Roberto Jefferson, em 10 de dezembro de 1996, alterou em seu texto, o termo “união civil” para “parceria civil registrada”, numa tentativa de não haver qualquer tipo de equiparação ao casamento.

Contudo, este substitutivo da Comissão Especial trouxe poucas modificações no projeto original, de modo a não expressar a necessária preocupação legislativa na adequação às novas pretensões

dos parceiros do mesmo sexo e sim, uma maneira sutil de enganar essa população, protelando sua aprovação e ardilosamente fazer política com sua divulgação.

Ora, o que se esperar da grande maioria desses representantes do povo, que ficam sentados em seus gabinetes, sem a menor noção dos acontecimentos sociais, ou reunidos em sessões extraordinárias, às custas dos cidadãos, se manifestando estrategicamente quando do período eleitoral, com o intuito de angariar votos?

É cogente uma revolução nos padrões comportamentais dos legisladores, a ponto de arrastá-los a conhecer, na prática, como seus eleitores vivem e quais suas necessidades, para que a Justiça não perca, de vez, a sua credibilidade.

Retornando ao referido Projeto de Lei, este fundamentalmente propõe aos casais homossexuais o direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros.

Insta destacar que em nenhum momento faz menção a palavra casamento, que só pode ser concebido por pessoas de sexos opostos, o que erroneamente pode ter sido o principal obstáculo na sua aceitação por parte da sociedade, referindo-se tão-somente à união civil, ou mais precisamente, depois do substitutivo, à parceria civil registrada.

Compete criticar que o mesmo silencia a respeito da comprovação do vínculo homossexual, através de requisitos, por exemplo, de publicidade, laços afetivos, coabitação e vida em comum, fazendo menção, apenas, à necessidade do instrumento público de contrato de parceria civil, levando-se a refletir sobre a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo simularem uma união homossexual, a fim de burlar o Estado na obtenção dos benefícios ali previstos.

De igual modo, quanto aos impedimentos para a parceria civil registrada, faz-se referência apenas às pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas, deixando de regular sobre os relativos ao casamento, previstos nos artigos 1.521, 1.522 e 1.523 do atual Código Civil, dando margens à possibilidade de união entre parentes consanguíneos

e afins; entre o adotado com o filho do adotante; entre o tutor e o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Ademais, sem embargo das inovações trazidas, registre-se a ausência, também, de referência ao ECA quanto à adoção por um dos parceiros homossexuais, dando margem à diversas interpretações e revelando a inoperância, em parte, desse instrumento legal.

Ao mesmo tempo, consta no art. 3º, § 2 do presente substitutivo, merecedor de censura, a vedação expressa da adoção conjunta por parceiros civis registrados, tal como previsto no at. 1.622 do Código Civil, posto que não se admite a negativa dessa concessão, conforme se discutirá adiante.

A partir dos argumentos trazidos e apesar das omissões e imperfeições detectadas, incontestável a bravura da iniciativa na elaboração do projeto e da imensurável valia para a sociedade, que não pode continuar se esquivando dessa nova realidade e deve se conscientizar da necessidade de uma regulamentação urgente para essa minoria tão repudiada.

4. Adoção por homossexuais

4.1. Estatuto da criança e do adolescente

O instituto da adoção está regulado nos artigos 39 a 52 do ECA e nos artigos 1.618 a 1.629 do Código Civil vigente.

Para o eminente jurista Orlando Gomes⁹, a adoção é “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de uma ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço parentesco do primeiro grau em linha reta”.

Cumprе assinalar, o que reza o art. 4º da Lei n.º 8.069/90:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público **assegurar**, com absoluta prioridade, **a efetivação dos direitos**

⁹ A respeito, v. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.42.

referentes `a vida, à saúde, `a alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (grifos nossos).

Em verdade, o referido artigo, consagrado constitucionalmente no artigo 227, busca a primazia no atendimento às necessidades e interesses da criança e do adolescente, face o seu caráter de hipossuficiência e extrema importância social.

Tratando-se da adoção, percebe-se que só é possível com a colocação da criança e/ou adolescente na denominada "família substituta", prevista no art. 28 do referido estatuto, conforme se depreende de seu texto: "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da lei", que, por dedução, deve ter as mesmas qualificações da família natural especificada no art. 25, que é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Observa-se, assim, que o ECA não prevê qualquer vedação à adoção por homossexual, posto que esse direito é concedido tanto ao homem quanto a mulher, ou ao casal. Se houvesse impedimento à adoção por homossexuais, além de estar ferindo constitucionalmente o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e a proibição de discriminação de qualquer natureza, estaria fadado à fraude, uma vez que, omitindo a sua orientação sexual, um dos parceiros poderia adotar legalmente um menor.

Saliente-se que, atualmente, há uma crescente tendência na concepção de filhos entre os casais homossexuais, posto que é perfeitamente possível que duas mulheres que vivam juntas, uma decidir ter um filho pela adoção, pela inseminação artificial ou pela relação sexual com um homem que esteja disposto a pôr em prática esse fim específico. Há, inclusive, aquelas que sequer mencionam sua intenção ao futuro pai biológico e dão à luz uma "produção independente".

De igual modo entre os homens, onde um deles, através da inseminação de um óvulo doado, procura a chamada "barriga de aluguel" e têm, em seu seio familiar, a criança que tanto desejavam como fruto do seu afeto.

Deve-se lembrar que, negando o direito à adoção por um homossexual, o que não é admissível por força do ECA, o menor terá mais chances de viver nas ruas, sob total abandono e violência, contando com a boa vontade ou ignorância de alheios. Sem falar da possibilidade de sofrer influência de outros jovens para a prática delituosa e o consumo de drogas, como fuga da realidade que estão obrigados a enfrentar.

Aliás, todos têm a obrigatoriedade de obedecer ao artigo 4º supracitado, para garantir um lar e uma convivência familiar aos menores, independente da orientação sexual do adotante. Deste modo, não há impedimentos jurídicos para a adoção por pessoas que sentem atração pelo mesmo sexo, cabendo-lhes os mesmos direitos das relações heterossexuais, uma vez que a sexualidade não é o elemento fundamental da adoção.

Cabe analisar se o fato de ser homossexual implica dizer que estes não possuam o instinto maternal ou paternal e não deve ser vislumbrado por força de sua orientação sexual?

Qual a intenção da sociedade nesse impedimento, haja vista o amor, o respeito e os devidos cuidados que darão ao adotado? Seria esse impedimento exclusivamente do ponto de vista moral?

Afirma Wilson Donizeti Liberati¹⁰: “[...] apesar da omissão legal, o ECA não veda, implícita ou explicitamente a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva”.

Sob esse enfoque, as únicas exigências que existentes para a família substituta estão previstas no art. 29, do referido diploma: “**Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado**”. (grifos nossos).

Quanto ao referido nesse artigo, não se pode declarar que o lar de um casal homossexual é um ambiente familiar inadequado, uma vez que é perfeitamente possível que estes vivam de maneira compatível pelos requisitos do ECA.

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit. p.44.

Tal incompatibilidade prevista relaciona-se com as comprovadas condutas do adotando para com o adotado, que demonstre inaptidão para a maternidade ou paternidade, seja no tratamento violento ou descuidado, seja nas más condições financeiras ou educacionais.

Vê-se que a orientação sexual do adotante não é a característica impeditiva para indeferimento do juiz, mas as qualidades afetivas, educacionais e materiais de quem queira assumir o menor, pois o que se busca é o resguardo à dignidade da criança e do adolescente e um lar que lhes ofereça amor e carinho.

Por oportuno, convém assinalar os dispositivos legais a respeito, quais sejam, o art. 46 do ECA e o art. 1625 do Código Civil Brasileiro:

Art.43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art.1625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando (grifos nossos).

Desta forma, o lar onde reina a comunhão de amor ou de interesse afetivo, além da estabilidade financeira, é aquele que traz os verdadeiros benefícios e vantagens que tanto necessitam os adotados.

Os únicos impedimentos estabelecidos pelo ECA, estão dispostos no art. 40, e pela Lei n.º 10.406/02, nos artigos 1.618 e 1.169, que revogou o artigo 42 do Estatuto, restando inalterados os §§ 1º, 3º, 4º e 5º, cuja redação do 3º é a mesma do art. 1.619 do CC:

Art.40. O adotando deve contar com, no mínimo, 18 (dezoito) anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art.1618. Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar.

Art.1619. O adotante há de ser pelo menos 16 (dezesesseis) mais velho que o adotado. (grifos nossos).

Ainda a contemplar, o *caput* do art. 41 do presente Estatuto, referente à garantia constitucional do art. 226, §6º da CF/88 e 1.626 do

Código Civil, consagra a mais importante prerrogativa do adotado, ao conferir-lhe, os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, dos filhos naturais, incumbindo aos adotantes a obrigação de sustento, guarda e educação, prevista no ECA, em seu art. 22.

Contudo, para que seja deferida a adoção, mister se faz a averiguação da adaptação do menor na futura família que lhe abrigará, haja vista o caráter irrevogável da adoção, através de um período de estágio de convivência, que será dispensado nos casos elencados no § 1º e 2º do art. 46 do ECA.

Percebe-se, pelo que foi relatado, a ausência de impedimento legal quanto à adoção por homossexuais, bem como sua importância, diante da assombrosa estatística de desamparo à crianças e adolescentes carecedores de uma simples demonstração de altruísmo, através de uma oportunidade de fazerem parte de uma família.

4.2. Questionamentos

O dever de sustento, guarda e educação dos filhos, cabe tanto aos pais, quanto aos companheiros, entidades familiares vinculadas pelas relações afetivas e, no que concerne ao tema dessa monografia, a apenas um dos parceiros homossexuais, pois para muitos não são reconhecidos como entidade familiar.

Porém, com a extinção ou dissolução da “união civil” ou “parceria civil registrada”, como preferem denominar os legisladores, seja pela ausência, separação ou morte do outro parceiro, quais os direitos alimentícios, previdenciários e/ou patrimoniais do adotado perante àquele que também o considera ou tinha como verdadeiramente filho?

Face à legislação, eventuais direitos dessa natureza só poderão ser reclamados na Justiça com relação ao adotante legal, ocasionando sérios prejuízos ao não se cumprir a real vontade do (a) seu (sua) companheiro (a) não reconhecido (a) juridicamente como pai (ou mãe) e ao impedir que o filho usufrua os benefícios que de fato lhe pertence.

Destaque-se o que diz o art. 1622 do Código Civil: “ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

Do mesmo modo, é proibida a adoção conjunta no substitutivo do Projeto de Lei n.º 1.151/95, em seu art. 3º, § 2º, assim proposto: "São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros".

Sem a pretensão de contrariar estes artigos, discute-se sobre a permissibilidade da adoção por casais homossexuais, já que individualmente, como já foi visto anteriormente, é perfeitamente admissível.

Evidentemente impera o medo na sociedade que essa permissão conduza à perturbações de ordem psíquico-social ao menor, que ao ser discriminado, estaria condenado à exclusão do grupo que convive, principalmente no ambiente escolar, círculo de amigos e vizinhança.

Afirmar, também, que o lar composto por casais homossexuais causa distúrbios emocionais para o adotado, diante da ausência da figura materna ou paterna não procede, face à alarmante quantidade de filhos que convivem atualmente com apenas um deles e nem por isso são "problemáticos". Pelo contrário, essa condição os faz mais fortes para enfrentar os desafios da vida e mais conscientes das dificuldades familiares.

Esse receio exacerbado comprova a rejeição aos vínculos homoafetivos entre pessoas do mesmo sexo, a ponto de alguns afirmarem ser um mau exemplo para os mais jovens e um estímulo à prática homossexual, partindo da lógica que os filhos deste casal estariam propensos a se "tornarem" homossexuais, o que é totalmente descartada devido ao fato de existirem vários indivíduos que seguem essa mesma orientação sexual e cujos pais são heterossexuais.

Além disso, a homossexualidade é considerada no presente como um distúrbio de identidade, não sendo mais discutida a hipótese de ser uma opção ou predisposição sexual e nem uma doença, como muitos desinformados afirmam, mas uma determinação do inconsciente psicológico.

No entanto, convém dizer que tais defensores esquecem, entretanto, que a própria Constituição Federal veda a discriminação de qualquer natureza, de forma que não reprimiu a homossexualidade.

E, no que se refere especificamente à criança e adolescente, assim dispõem o art. 227, § 6º da CF/88, com redação idêntica ao art. 20 do ECA, e os arts. 5º, 16 do referido Estatuto:

Art.227. É dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão .

§. 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art.16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. (grifos nossos).

É incontroverso, sob esse prisma, que o mais importante é a prevalência dos interesses do menor, acima de qualquer preconceito e estigmas. Descabe continuar com essa postura discriminatória, devendo-se rever os valores da sociedade e a moralidade que rege a família.

Para tanto, cabe fazer jus ao adotado, no que diz respeito a sua dignidade como pessoa humana, independente do ambiente familiar homoafetivo, a garantia do seu direito de cidadania.

Além do quê, dentre os princípios gerais do nosso sistema jurídico pátrio, estão a inviolabilidade do direito à vida privada e à sua intimidade, assim como a garantia constitucional do direito à liberdade e à igualdade perante a lei.

Para reforçar esses argumentos, vale acrescentar que o tão esperado substitutivo do PL 1.151/95, que regula a parceria civil registrada, não disciplina explicitamente os direitos do filho de um dos parceiros homossexuais.

Menciona, apenas, em seu art. 13, os direitos sucessórios do parceiro sobrevivente da relação homoafetiva, conforme pode ser vislumbrado em seu texto:

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I – o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste;

II – o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV – se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens (grifos nossos).

Retornando aos art. 1.622 do Código Civil e 3º, § 2º, do referido Projeto de Lei, oportuna a reavaliação do seu texto sobre a permissibilidade de adoção conjunta por companheiros homossexuais vinculados pelo sentimento de afeto.

A esse respeito, se a própria CF/88 proíbe qualquer distinção entre os filhos legítimos, adulterinos e adotivos, qual a razão de discriminação quanto à filiação? E mais, em havendo comum acordo entre os companheiros do mesmo sexo em adotar uma criança, um deles tem o dever de abdicar do sonho de ser o adotante?

Outrossim, com a autorização judicial para a adoção conjunta pelos relacionamentos homoafetivos, o pátrio poder seria exercido por ambos os parceiros, em igualdade de condições, conferindo ao menor, perante a Justiça, a possibilidade de pleitear

todos os direitos derivados do vínculo jurídico entre o adotado e os adotantes, ou seja, entre o filho e os pais (ou mães).

Diante do exposto, entende-se que não deveria haver impedimento na adoção conjunta pelos casais homossexuais, sendo necessário, por conseguinte, para sua efetivação, a inscrição do nome dos pais ou mães no registro de nascimento do adotado ou no mesmo livro de registro de parceria civil proposta pelo Projeto de Lei n.º 1.151/95.

Destarte, cumpre transcrever os art. 27 e 47 da Lei n.º 8.069/90, quanto ao reconhecimento do estado de filiação e inscrição no registro civil:

Art.27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Art.47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. (grifos nossos).

A propósito, sobre esse assunto, apesar da modernidade do milênio presente, nada mais constrangedor para o filho, que exibir a certidão de nascimento com a exclusão do nome do (a) genitor (a). Vergonhosamente, constatava-se, até bem pouco tempo, no referido instrumento legal de identificação, a exibição de pai (ou mãe) “desconhecido (a)”.

Desta forma, com a inclusão da filiação homossexual, constando apenas o nome dos pais ou mães, o adotando tem como referência expressa de família, àqueles, cuja orientação sexual difere da grande maioria da sociedade, que desprenderam o nobre sentimento de amor, de guarda e de respeito àquele ser humano renegado ao descaso e à marginalidade, além de ter seus direitos assegurados por lei.

Conclui-se, desta maneira, apesar de discordar da maioria que permanece com o pensamento arcaico e de mentalidade

retrógrada, ser mais cabível e justo a concessão da adoção responsável àqueles que vivem excluídos pela sua orientação sexual, com o respectivo registro do nome do casal no instrumento identificatório do adotando.

O que se pretende, com tais questionamentos, é ampliar o horizonte do instituto da adoção, possibilitando a inserção de crianças e adolescentes em um maior número de lares, bem como admitir que estes recebam o devido amparo estatal e o amor daqueles que tanto desejam contribuir com a erradicação dessa população que vive ao relento ou em instituições governamentais abarrotadas sem o mínimo de estrutura.

5. Conclusão

Não mais se concebe, contemporaneamente, negar a existência do fenômeno social das uniões homoafetivas, permeados de um enorme preconceito e intolerância, pois essa nova realidade é patente e constante no nosso cotidiano.

É bem verdade que esse sentimento de repulsa está, aos poucos, diminuindo, em face dos incalculáveis avanços por parte dessa minoria discriminada, que tanto luta pelo reconhecimento dos seus direitos.

Apesar disso, é imperativa sua inserção no conceito mais abrangente de entidade familiar, que não mais corresponde àquele estabelecido no nosso ordenamento jurídico, pois assim fazendo, o Estado estaria assegurando a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, pois é inaceitável privilegiar as formas de inclinações sexuais tidas com “normais” por padrões sociais preestabelecidos, desmerecendo àquelas que os contrariam.

Necessário reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar, abalizadas no amor, convívio comum, assistência mútua, respeito recíproco e comunhão do patrimônio, pois a orientação sexual é direito personalíssimo, não se tratando de condição *sine qua non* para a percepção conceitual de família.

Esse assunto não pode ficar, apenas, sob as inteligentes e excepcionais decisões dos magistrados que aplicam a analogia, na ausência de dispositivo legal que discipline a matéria, devendo-se

iniciar uma nova era de construção jurisprudencial na equiparação das uniões homoafetivas à família e não à sociedade de fato.

De igual modo, não pode negligenciar o Poder Legislativo, em nosso Estado Democrático de Direito, o devido acompanhamento diante do dinamismo dos fatos sociais e igualar os direitos familiares, tal qual ocorreu com o reconhecimento da união estável.

Cumpre lembrar, ainda, que o Direito é a tradução do comportamento social, entrando no campo das relações privadas e em harmonia com as novas realidades que despontam, reduzindo os abismos entre os cidadãos e o Estado, de modo a alcançar uma sociedade mais justa e solidária para todos.

Importante também dizer que, em face de tantas transformações que vêm ocorrendo, especialmente no que diz respeito à Constitucionalização do Direito de Família, a exteriorização dos sentimentos de afeição entre homossexuais é de extrema relevância, visto que pode representar várias consequências na órbita jurídica.

Nesse diapasão, o Projeto de Lei n.º 1.151/95, há longos anos em tramitação, embora bastante controvertido e com inúmeras falhas detectadas, é um exemplo que o Direito precisa se ajustar às novas formas de família existentes e estar mais próximo do ideal de justiça.

Porém, no que se refere à adoção por homossexuais, sem impedimento se pretendido individualmente, com a *data maxima venia*, discorda-se dos dispositivos do Código Civil e Substitutivo do Projeto de Lei, que só concede esse direito às pessoas de sexos opostos, de maneira discriminatória, ignorando o fato de existirem milhares de crianças condenadas a viverem nas ruas, sem qualquer tipo de assistência e perspectiva futura de vida.

Soma-se a isso a proposta da inscrição da filiação nos documentos do adotado ou de parceria civil registrada, como forma de se garantir os eventuais direitos do menor, quando da ausência, separação ou morte de um dos parceiros homossexuais.

Verifica-se que não há qualquer razão para a proibição da adoção por casais homossexuais, pelo fato de tratar-se apenas de um moralismo ultrapassado que precisa ser revisto e combatido, haja vista a existência real desse tipo de relacionamento já ser concebido como

mais uma forma de entidade familiar, mesmo não estando elencadas nas previstas no art. 226 da nossa Lei Maior de modo meramente exemplificativo.

Conclui-se, portanto, que é óbvio que se o inovador Projeto de Lei, que deu um pequeno grande passo em relação às uniões homoafetivas, já causa horrores à sociedade em geral, tem-se a consciência que a conquista da inclusão da filiação homossexual no registro de nascimento do adotado ou no mesmo livro de registro de parceria civil está longe de se concretizar, apesar da grande esperança que se sustenta, até que se exclua toda e qualquer discriminação por razão da orientação sexual.

ANEXOS

Câmara dos Deputados Projeto de Lei n.º 1.151/95 (Da Deputada Marta Suplicy, PT-SP)	Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.
--	---

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.

Art. 2º. A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1º. Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I – prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II – prova de capacidade civil plena;

III – instrumento público de contrato de união civil.

Parágrafo 2º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º. O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

I – pela morte de um dos contratantes;

II – mediante decretação judicial.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I – demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II – alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

Parágrafo 2º. O pedido judicial da extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º. A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha de bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º. O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do artigo 2º.

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º. Alteram-se os artigos da Lei N.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX – os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III – B – Auxiliar – de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

35 – dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II – A averbação:

(...)

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.”

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.16. (...)

Parágrafo 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada a união estável de acordo com o Parágrafo

3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com outra pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 17.(...)

Parágrafo 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Substitutivo adotado pela Comissão Especial ao Projeto de Lei n.º 1.151/95(Do Deputado Roberto Jefferson)	Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências
---	---

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante escritura pública e respectivo registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, na forma que segue:

§ 1º. Os interessados comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I – prova de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;

II – prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III – instrumento público de contrato de parceria civil.

§ 2º. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.

§ 3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º. O contrato de parceria civil registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

§ 2º. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria civil registrada ocorrerá:

I – pela morte de um dos contratantes;

II – mediante decretação judicial;

III – de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria civil registrada:

I – demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II – alegando o desinteresse na sua continuidade.

Art. 6º. A sentença que homologar ou decretar a extinção da parceria civil registrada conterá a partilha de bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º. É nulo de pleno direito o contrato de parceria civil registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver inflação ao § 21 do art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 299 do Decreto-Lei n.º 2.948, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º. Alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX – os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

§ 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que homologar ou declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

VII – E – de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

(...)

35 – dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II – A averbação:

(...)

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.”

Art. 9º. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria civil implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através da legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoas do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I – o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste;

II – o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV – se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei n.º 3.071, de 1] de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com redação que se segue, passando o atual § 3º a §4º:

“Art. 454 (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º. Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

§ 4º. (...).”

Art. 15. O art. 113 da Lei n.º 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113. (...)

VI – ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira”.

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro-de-grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996

Deputado ROBERTO JEFFERSON,

Relator

JURISPRUDÊNCIAS

Ementa: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. CONTRIBUIÇÃO DOS PARCEIROS. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeados de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nela remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. Voto vencido. (APC n.º 700001388982, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14/03/2001).

Ementa: HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o procedimento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições deve, ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (APC n.º 598362655, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 01/03/2000).

Ementa: RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO. A competência

para julgamento de separação em sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das Varas de Família, conforme precedentes desta Câmara, por não possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto a opção sexual, sendo incabível, assim, quando a sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido (CCO n.º 70000992156, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 29/06/2000).

Ementa: JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que saio relações de cunho protetivo, ainda que também como conteúdo patrimonial. 3. É viável juridicamente a justificação pretendida pois a finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. (APC n.º 70002355204, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11/4/2001).

(IN)DISPONIBILIDADE DOS TRIBUTOS E OS MEIOS DE SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

A validade de Instrumentos alternativos no sistema jurídico brasileiro

Nadja Araujo

Mestranda em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco.
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas.
Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco. Procuradora do Estado
de Alagoas.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A juridicidade do poder tributário. 2. A expressão legal das competências. 3. A processualidade na atividade administrativa-tributária. 4. Meios alternativos para solução de litígios. 4.1. A autocomposição no sistema tributário. 4.2. A transação no direito tributário. 4.2.1. (De)terminação de litígio. 4.2.2. Extinção do crédito tributário. 5. Lide tributária e arbitragem. Conclusões.

Introdução

A materialização do Estado Democrático resulta em descerramento conceitual e ambiental para práticas colaboracionistas entre o particular e a Administração Pública. A clássica imposição da soberania estatal através de atos administrativos transfigura-se em atividade processual com demarcação explícita para a manifestação privada - Constituição Federal, Art. 5º, LIV, LV.

Na atividade fazendária, essa (re)novação de papéis incita a adaptação de uma relação tributária impositiva entre um sujeito ativo e um passivo – dependente, em grande parte, da atividade da autoridade – para uma prática de gestão e controle dos atos jurídicos dos sujeitos (público e privado) regulados pela lei. Nesse contexto, o tributo é obrigação decorrente da lei (democrática) e não mais da exigência do Fisco. Os atos do contribuinte não são atos administrativos, mas têm a eficácia jurídica atribuída pelo ordenamento tributário. O contribuinte deixa de ser vítima-litigante e passa a co-autor da atividade administrativa-tributária, dividindo responsabilidades com a Administração¹.

¹ CAVALCANTE, Denise Lucena. **Crédito tributário**: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-33.

A mutação no embasamento político da relação tributária tem repercussões no ordenamento jurídico brasileiro pela conseqüente positivação de um novo rol de instrumentos para a solução dos respectivos litígios. Tais inovações demandam investigações (ou reestruturações) doutrinárias acerca da validade da opção pela composição entre as partes (excludente da decisão administrativa unilateral), principalmente, diante do dogma da ‘indisponibilidade dos tributos’, há muito fincado.

Este trabalho apresenta uma análise doutrinária das relações normativas intra-sistêmicas atinentes ao direito tributário positivo, excluída a pesquisa jurisprudencial em razão do espaço restrito, previamente delimitado para a exposição.

1. A juridicidade do poder tributário

O reconhecimento de valores inerentes à natureza humana, pela sua qualificação como direitos fundamentais, resulta na exigência do devido processo legal para afetação dos interesses relacionados ao “trinômio vida-liberdade-propriedade”². O Estado de Direito assinala o devido processo legal como o critério para contenção dos poderes alocados em suas funções. Nesse quadro, o papel do processo é transfigurado para tutelar direitos individuais fundamentais: além de ferramenta para solução de litígios, o processo demarca e controla o exercício de poder³. Dessa forma, o poder estatal é, na origem, estruturado a partir da garantia constitucional aos direitos fundamentais.

Esse Estado, que delimita prévia e especificamente seus poderes, é o ente financiado por tributos exigidos pela soberania tributária em seu território, estabelecendo invasões no patrimônio que, se fossem dirigidas contra a propriedade (em sentido amplo) seriam consideradas como expropriações, justificativas para indenizações: a exata distinção entre o poder de exigir tributos e a proteção à

² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 2002, p. 35.

³ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e ‘due process of law’**: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1986, *passim*.

propriedade privada como direito fundamental é característica da constituição democrática do Estado de Direito⁴.

Por isso, a delimitação do poder estatal relacionado aos tributos é manifestação constituinte registrada na Lei Maior:

O poder tributário, que se coloca a um dado nível ou plano – o nível ou plano constitucional – e que identificámos como o poder de criar, estabelecer ou instituir impostos, ou noutra fórmula, o poder de “invenção” dos impostos (*Steuererfindungsrecht*). Poder este que, naturalmente e ao contrário do que as expressões acabadas de inventariar *prima facie* podem sugerir, abarca também a extinção e a modificação dos impostos, mormente sua diminuição ou qualquer outra modelação como a resultante da instituição dos desagravamentos fiscais. Por isso e embora conscientes de sua imperfeição, podemos definir o poder tributário em sentido estrito ou técnico como o conjunto de poderes necessários à instituição e disciplina essencial dos impostos.^{5 6}

No Estado de Direito, os poderes são jurídicos, elaborados e registrados pelo constituinte – no âmbito tributário, com maior exatidão. A Constituição Federal, promulgada, especifica as potencialidades estatais, conferindo competências tributárias ao

⁴ FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del estado social de derecho. **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 105.

⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 277.

⁶ Na referência transcrita, o Autor vincula o poder tributário aos impostos, sem mencionar as taxas e as contribuições que podem ser exigidas pelo Estado. Para realçar a pertinência da citação e elucidar a variação de denominação para a mesma figura, impõe-se esclarecer que, em outro ponto da mesma obra, ao iniciar a explanação de suas idéias sobre o tema, ele faz remissão às outras designações do poder tributário - direito de imposição, potestade tributária, potestade de imposição ou impositiva, poder de tributar - e ao seu conteúdo, esclarecendo que “a Constituição Portuguesa fala em: “criação de impostos” (art. 168º, nº 1, al. i), a Constituição Espanhola em “estabelecer tributos” (art. 133º, 1) e a Constituição Brasileira em “instituir tributos” (art. 145º)”. Cf. NABAIS, Idem, p. 269.

legislador dos entes federados⁷. A repartição das competências indica a titularidade, apresenta o material realístico selecionado para critério de tributação e os instrumentos de regulação do tributo, de modo que o ente habilitado está vinculado a esses ditames constitucionais no posterior exercício da função exatora. Ademais, as manifestações das competências tributárias específicas estão circunscritas pelas limitações materiais indicadas genericamente para a contenção do poder no âmbito do Estado de Direito. A estruturação constitucional dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com as específicas limitações ao poder de tributar aparecem como o fundamento e a moldura para a realização das competências tributárias de cada ente federado habilitado para essa função.

2. A expressão legal das competências

A exação no Estado de Direito (Estado Moderno) depende de expressa manifestação da nação, de modo a expurgar eventual arbítrio na manifestação impositiva. “O tributo nasce no espaço aberto pela *autolimitação da liberdade*, constitui o *preço da liberdade*, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado, e pode implicar na opressão da *liberdade*, se o não contiver a *legalidade*”⁸. Por isso, a liberdade de disposição do patrimônio só pode ser restringida pelo tributo por expresse consentimento e na medida indicada pelo particular, representado através da lei.

A habilitação para tributar aparece como uma autorização do constituinte para o legislador competente editar o arcabouço legislativo das exações de sua titularidade. A competência tributária é instituída por norma permissiva⁹, que faculta ao legislador do ente

⁷ ATALIBA, Geraldo. **Comentários ao código tributário nacional**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUC, 1975, p. 67-68; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998, p. 301.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 2-3, grifo do Autor.

⁹ MENDONÇA, Cristiane. **Competência tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 282: “Mesmo quando a hipótese é o ICMS (item 5.4.2.2) não encontramos argumentos sólidos para proclamar a obrigatoriedade do exercício da competência legislativo-tributária. É que as diferentes porções orgânicas do aparato jurisdicional não têm como obrigar os

competente decidir acerca da imposição (CF, Art. 145, I, II, III). Nesse contexto, a decisão política para a instituição da exigência é positivada por lei que, seguindo os critérios constitucionais de repartição das competências, detalha os elementos essenciais à criação (ou modificação) da norma jurídica tributária (CF, Art. 150, I).

Como regra geral, a diretriz constitucional é para instituição dos tributos por lei ordinária do ente competente¹⁰. “A Constituição e as normas gerais, simplesmente, delimitam as esferas de competência de cada qual e não haverá tributo criado pela lei nacional, como não há pela Constituição”¹¹. Excepcionalmente, a Constituição Federal exige lei complementar para a válida instauração de empréstimos compulsórios (Art. 148), na competência residual da União Federal para instituir novos impostos (Art. 154, I) e outras contribuições para o financiamento da seguridade social (Art. 195, § 4º), bem como, para fixar os limites máximos na concessão de remissão ou anistia de

sujeitos ativos dos Estados e do Distrito Federal a atuarem, com vistas a injetar no sistema do direito positivo os enunciados legais que conformam a norma-padrão de incidência do ICMS. Também não há como aplicar qualquer sanção àquelas pessoas que deixam de exercer a atividade de criação da regra-matriz de incidência tributária do ICMS”.

Diferentemente, em juízo singular, apontando para uma obrigatoriedade de instituição do ICMS em decorrência de seu regime jurídico ter sido estruturado em função de operações interestaduais de circulação de mercadorias: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217-221: “... refiro-me ao ICMS. Por sua índole eminentemente nacional, não é dado a qualquer Estado-membro ou ao Distrito Federal operar por omissão, deixando de legislar sobre esse gravame. Caso houvesse uma só unidade da federação que empreendesse tal procedimento e o sistema do ICMS perderia consistência, abrindo-se ao acaso das manipulações episódicas, tentadas com tanta frequência naquele clima que conhecemos por “guerra fiscal”. Seria efetivamente um desastre para a sistemática impositiva da exação que mais recursos carrega para o erário do País. O ICMS deixaria, paulatinamente, de existir”.

¹⁰ Em seu Art. 155, § 1º, a Constituição Federal exige lei complementar para disciplinar as competências estaduais para instituição do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, a serem positivadas através de lei ordinária de cada Estado-membro e do Distrito Federal.

¹¹ ATALIBA, Geraldo. 1975, p. 72.

algumas contribuições sociais para a previdência social (Art. 195, § 11).

O desenho constitucional das competências faculta ao ente tributante renunciar as receitas (Art. 150, § 6º), desde a manifestação constituinte positivada no texto original¹². Assim, as figuras jurídicas que resultam na dispensa (total ou parcial) ou exclusão da prestação monetária – qualquer subsídio, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, compensação, transação, remissão, isenção, anistia – demandam ao legislador um juízo acerca da (in)disponibilidade do tributo e expressão de sua decisão renunciante por lei específica¹³. (Apesar de a compensação e a transação não serem expressamente citadas no dispositivo constitucional, tais figuras (potencialmente) implicam em renúncia a receita tributária, sendo adequada, por isso, sua inclusão na análise doutrinária da indisponibilidade do crédito). Essa decisão política deve ser veiculada através do mesmo tipo de instrumento legislativo utilizado na instituição da exação, considerando-se as regras de estruturação sistemática dos dispositivos do ordenamento jurídico. Nesse sentido, se a instituição do tributo deve ser positivada por lei ordinária, a posterior modificação do regime daquele tributo há de ser positivada pelo mesmo tipo de instrumento normativo do ente competente.

Seguindo o desenho constitucional das competências tributárias, o Código Tributário Nacional, Art. 97, I, II, VI, exige a lei como instrumento condutor da instituição, da majoração, da redução e

¹² Em sua redação original (§ 6º Qualquer anistia ou remissão, que envolva matéria tributária ou previdenciária, só poderá ser concedida através de lei específica, federal, estadual ou municipal) e na redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993: § 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

¹³ A materialização das figuras indicadas no Art. 150, § 6º, CF, diante de créditos de ICMS têm a validade condicionada à autorização para o legislador estadual estabelecida em convênio CONFAZ. Os legisladores municipais devem atentar para as limitações do Art. 156, § 3º, III, CF, antes de instituir tratamento fiscal diferenciado para o ISS.

da extinção de tributos, bem como, das hipóteses de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário.

A lei específica para a regulação de finalização extravagante da obrigação tributária surge como a mais adequada à singularidade de tais figuras no ordenamento tributário¹⁴. A decisão de disposição do crédito tributário é alheia à composição da obrigação correspondente e não tem eficácia derogatória da normatividade comum, apresentando-se, em tal contexto, como exceptiva.

Ocorrido o fato jurígeno previsto na hipótese de incidência da norma de tributação e instalada a obrigação adstringindo o sujeito passivo a pagar o tributo, pode o *accipiens* dispensar o *crédito a que faz jus* ou então *devolvê-lo*. Poderá ainda anular o tributo de que é credor, atribuindo ao devedor *um valor igual ao que teria de pagar*. É, sem dúvida, um modo indireto de conceder remissão, cuja melhor definição é ser *dispensa legal de pagamento de tributo devido* (definição que muitos, com indiscutível errônea, dão a isenção). As espécies exonerativas ora versadas são externas ao desenho obrigacional, porquanto não se alojam nem nas *hipóteses* nem nas *consequências das normas de tributação*. Consubstanciam *decisões*, posto que contingenciadas, do *credor estatal*. Com efeito, tanto

¹⁴ Apontando para uma interligação entre a excentricidade da matéria no respectivo contexto e um instrumento legislativo específico para a regulação da espécie: KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 20-21: “Essa densidade mandamental das normas varia segundo as exigências materiais para a solução dos problemas nas diferentes áreas do Direito Administrativo e encontra seus limites no princípio da ‘reserva da lei’ (*Vorbehalt des Gesetzes*), segundo o qual o próprio Legislativo, em virtude de sua maior legitimação democrática, deve decidir sobre as questões mais importantes, especialmente onde houver interferências nos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também onde o Estado Social efetua prestações, que devem ser distribuídas de forma ordenada e igualitária (v.g. subvenções). Nessas áreas sensíveis, as normas que atribuem poderes à Administração devem ser *específicas*, e não somente genéricas”. (Grifo do autor)

a remissão quanto a devolução são *ex lege* e representam uma forma de *destinação de crédito tributário* surgido congenitamente com a realização da hipótese de incidência. Por um ato de vontade, o credor particular pode *dispensar* a prestação ou mesmo devolver o dinheiro. Será ato *ex voluntate*. O credor estatal pode fazer a mesma coisa, desde que autorizado por lei. Então dispensar ou devolver não envolve a estrutura da norma de tributação.¹⁵

A opção por regulação específica das atribuições administrativas decorrentes da disponibilidade do crédito tributário pelo legislador competente sugere o apuro na técnica legislativa, atendendo à Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, Art. 7º, I, II.

Ademais, com essa escolha, o legislador competente pode avaliar a conveniência e oportunidade para eventual disponibilidade da receita tributária. Os elementos da circunstância específica são confrontados com os princípios retores da tributação, inclusive com diretivas da responsabilidade fiscal estabelecidas pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000: a exigência para a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação (Art. 11) e os condicionantes explícitos para a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita (Art. 14).

Tratando de gestão das finanças públicas, o fundamento de validade da Lei Complementar nº 101 está exposto na Constituição Federal, Arts. 163, I, V, e 165, § 9º, II, o que permite estabelecer a efetividade e legitimidade da exigência de responsabilidade fiscal aos gestores do Estado brasileiro, impondo-se uma solução harmonizadora das regras (aparentemente) conflitantes. Na medida em que impõe uma ‘efetiva arrecadação’ de todos os tributos de sua competência e conforma detalhadamente a faculdade de renunciar à receita correspondente, o teor dos dispositivos transcritos parece subjugar a escolha política acerca de excepcional e específica disponibilidade do

¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária*. O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN. São Paulo: Dialética, 2003, p. 273-274, grifo do Autor.

crédito tributário, confrontando as disposições constitucionais dos Arts. 145, *caput*, e 150, § 6º, que estabelecem a positivação como faculdade do ente tributante. Contudo, o exame das relações normativas intra-sistêmicas indica que a responsabilidade na gestão fiscal instituída por lei complementar não pode ter eficácia derogatória de preceitos constitucionais reguladores da competência tributária¹⁶. Assim, a invocação à Lei de Responsabilidade Fiscal deve considerar que uma lei complementar não pode impor como obrigatório um comportamento tipificado na Norma Superior como facultativo; contudo, sua vigência (Art. 14) impõe ao legislador competente um exame acurado das circunstâncias antes da decisão pela qual responde.

A legalidade atribui ao Poder Legislativo, dentro do seu âmbito de competência constitucional, a prerrogativa de definir o conteúdo dos seus atos normativos. Em razão disso, o Poder Legislativo tem uma *liberdade de configuração* (*Gestaltungsfreiheit*) ou *margin de apreciação* (*Beurteilungsspielraum*) relativamente ao conteúdo de seus atos. Em razão dessa maior capacidade para avaliar as decisões, o Poder legislativo tem uma espécie de *prerrogativa de avaliação* (*Einschätzungsprerrogative*): poder de escolher entre mais de uma premissa concreta duvidosa que irá restringir algum direito fundamental e servirá de ponto de partida para o controle pelo Poder Judiciário.¹⁷

Ou seja: uma lei de renúncia a receita de crédito tributário deve considerar as diretrizes da gestão fiscal responsável, de modo a positivá-las na moldura que apresenta para a atividade administrativa subsequente. Com isso, apresenta os marcos para o controle, de sua constitucionalidade diante dos princípios tributários, bem como, de sua legitimidade, através de ação popular¹⁸ pelo cidadão – real detentor da soberania no Estado Democrático de Direito.

¹⁶ MENDONÇA, Cristiane. *Competência...*, p. 122-123.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122.

¹⁸ Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Art. 1º.

A competência tributária inclui a regulação da atividade administrativa necessária à efetivação dos respectivos ditames legais. Nesses moldes, não há uma distinção de base entre a administração comum e a administração fazendária: ambas estão submetidas à estrita legalidade (CF, Art. 37, *caput*), que especifica suas ações através da demarcação dos “deveres-poderes” alocados nas competências administrativas¹⁹. A função administrativa gerencia atividades voltadas à satisfação de interesses públicos, indicados em lei como finalidades a serem alcançadas através do aparato estatal, excluída sua disponibilidade pelo administrador: a coisa pública é a coisa de todos e somente o representante da nação pode dela dispor, através da lei. Ao administrador cabe a obediência à lei.

No âmbito tributário, esse pilar do direito público foi consubstanciado em nosso Código Tributário Nacional, Art. 141. As competências dos agentes da administração tributária são fixadas na lei, que expõe a decisão e os limites de (in)disponibilidade do crédito tributário, excluída sua desvinculação de tais ditames.

É que o chamado princípio da indisponibilidade da obrigação de imposto, para além das fronteiras de tipo legal (dos elementos essenciais), constitui um princípio (meramente) legal (consagrado no art. 108º do CPT) e não um princípio constitucional. [...] quanto a este sector apenas vigora o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários (*Legalitätsprinzip* = princípio da obediência à lei), segundo o qual a Administração fiscal está obrigada a cobrar os impostos legalmente devidos não podendo renunciar aos mesmos (por razões de equidade ou simplificação) senão em virtude de uma lei.²⁰

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.85-86.

²⁰ NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais: reflexões acerca de sua admissibilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 264, esclarecendo a nota 839: “Embora, por vezes, o princípio da obediência à lei (*Legalitätsprinzip*) seja tomado como sinónimo de princípio da legalidade (*Gesetz-mässigkeit*), a doutrina tende a considerá-lo com o sentido exposto no texto: como princípio procedimental (ou o lado procedimental do princípio da legalidade da Administração) que se

Assim, o chamado ‘princípio da indisponibilidade dos tributos’ é moldado como uma faceta do princípio da legalidade – alicerce da administração pública –, atendendo à premissa de ‘tributo’ ser um conceito de direito positivo, próprio de cada ordenamento (e não um conceito lógico)²¹. No sistema normativo brasileiro, o direito constitucional molda a disponibilidade do tributo para o ente detentor da competência legislativa, de modo que a validade da renúncia também está delimitada pelos princípios regentes da tributação. Havendo enquadramento legal específico, a administração fazendária pode dirigir sua atividade para a renúncia de receitas de crédito tributário, contendo-a nos limites desse molde.

3. A processualidade na atividade administrativa-tributária

A administração fazendária do Estado Democrático de Direito atua através de um processo adequado à garantia dos direitos subjetivos do contribuinte pela efetivação dos princípios e normas regentes da espécie²², que refletem a legalidade estrita outorgante das atribuições do agente administrativo²³.

Como todas as etapas da tributação estão previamente indicadas na lei, a concretização processual da exação é garantia da participação do contribuinte na definição de seu dever obrigacional: mesmo antes da expressa constitucionalização de 1988 (Art. 5º, LV), o

contrapõe ao princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*) e faz da lei não apenas um limite mas também o (próprio) impulso da acção administrativa”.

²¹ TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, nº 86, [200-?], p. 56.

²² ÁVILA, Humberto. 2004, p. 118: “A cobrança de tributos é atividade vinculada procedimentalmente pelo devido processo legal, passando a importar quem pratica o ato administrativo, como e dentro de que limites o faz, mesmo que – e isto é o essencial – não haja regra expressa ou a que seja prevista estabeleça o contrário. A exigência do devido processo legal atua precipuamente para criar meios de protetividade ao contribuinte desamparado por regras jurídicas específicas”.

²³ TORRES, Heleno Taveira. *Idem*, p. 44.

ordenamento jurídico já inculca processualidade²⁴ à atividade tributária em sua amplitude, assegurando o contraditório e a ampla defesa em demanda administrativa ou judicial, através de regulamentos específicos²⁵.

A materialização da relação tributária ocorre por procedimentos diversos em razão da variabilidade de fatos e das atitudes dos sujeitos enquadrados pela norma exacional, de modo que as funções designadas e os objetivos pretendidos em cada circunstância demandam processamentos distintos: o procedimento de fiscalização e apuração de fatos (in)tributáveis; o procedimento para o lançamento de tributos e/ou de aplicação de penalidades administrativas (obrigação principal, multa pelo não-pagamento, multa de mora, sanção instrumental); processo administrativo-tributário de julgamento da impugnação ao lançamento e a consulta para aplicação da legislação tributária²⁶.

A atividade tributária multifacetada não acarreta litígio necessariamente. A lide tributária é instaurada pela reação de oposição do sujeito passivo em face de exigência tributária do ente estatal – seja

²⁴ FURTADO, Antônio Carlos. Transação tributária: extensão e limitações. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 276, a. 77, out-nov-dez, 1981, p. 40: “Mas, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 7/77, a existência dos tribunais administrativos (sem poder jurisdicional - CEF - 153, § 4º), que data de 1924, quando o D. n. 16.580, de 4.9.1924, instituiu o primeiro Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda, já existia o litígio ou contencioso administrativo, encontrando respaldo nas várias normas que criaram ditos órgãos a partir dali, inclusive, visando pôr cobro aos abusos do poder contra o contribuinte. Tanto que, seguindo o precedente, o D. leg. n. 5.172/27, autorizou a criação do Conselho de Contribuintes para os demais tributos, procedimento seguido pelos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro”.

²⁵ Como, por exemplo, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege, desde então, o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal.

²⁶ Cf. XAVIER, Alberto. *Do lançamento*: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 117; MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*: administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2003, *passim*.

em sua faceta de legislador, seja como gestor da arrecadação. Tal resistência pode se manifestar em momentos diversos do processamento da materialização da obrigação tributária e sempre pode ser examinada através de feito judicial²⁷ e, dependendo do estágio de materialização da obrigação tributária, em processo administrativo.

Na materialização da obrigação tributária, o litígio pode surgir pela oposição do sujeito passivo ao produto do exercício da competência constitucional – a lei de positivação da hipótese de incidência. A atividade legislativa de edição da normativa de previsão abstrata da incidência tributária – lei de instituição ou modificação da exação – pode ser impugnada através de processo jurisdicionalizado por ação declaratória²⁸ (de inexistência de obrigação/relação jurídico-tributária) ou mandado de segurança preventivo²⁹, visando impedir o advento da obrigação tributária e/ou a constituição do crédito

²⁷ Para tanto, o instrumental indicado pela processualística é variado em função do estágio de materialização da obrigação tributária. Cf. DALLA PRIA, Rodrigo. O processo de positivação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuintes e fisco. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 67-70.

²⁸ Cf. DALLA PRIA, Rodrigo. *Idem*, p. 60-61.

²⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 678: “O procedimento administrativo exige lançamento prévio, mesmo nos casos sujeitos a lançamento por homologação, pois não se pode suscitar a revisibilidade de ato administrativo inexistente. Mas, no caso do controle jurisdicional, o mandado de segurança pode ser preventivo, com liminar garantindo o direito de não pagar, especialmente nos casos de tributos sujeitos a pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, pois a satisfação do crédito na espécie decorre da lei (e a mora também), comprovando-se mais uma vez que o lançamento não é condição necessária para o pagamento do crédito tributário. Pode ser que sim, pode ser que não. Na hipótese de liminar em mandado de segurança preventivo, não se pode sequer dizer que o lançamento ocorreria com a homologação do pagamento, porque o juiz declara que este último não deve ser feito, pois a cobrança, a teor da própria lei, é indevida (embora na visão do Fisco haja lei válida, fato gerador, crédito e dia certo para pagar, sob pena de autuação *ex officio*, de resto, a causa de pedir do *writ* preventivo)”.

tributário³⁰. Nesse intermédio, o cerne do litígio é a discussão sobre defeito ou vício demonstrável no produto da atividade legiferante (inconstitucionalidade formal – incompetência – ou material – violação a direito fundamental). A tutela jurisdicional é dirigida para declarar a (in)validade da lei de positivação da hipótese de incidência e da conseqüente (im)possibilidade jurídica de materialização da obrigação pela constituição do crédito tributário – seja pelo lançamento da autoridade administrativa, seja por ato do contribuinte³¹, em função do tributo específico.

No interregno anterior à constituição do crédito tributário, o sujeito passivo pode instaurar um litígio pela apresentação à Administração Fazendária de consulta³² sobre aplicação da legislação atinente a sua situação. Esse processo tem desenhos diferenciados nos diversos ordenamentos dos entes tributantes. Mas, é regra comum o efeito suspensivo dos procedimentos administrativos atinentes aos fatos inseridos na consulta até a resposta administrativa³³.

Após a constituição do crédito, a notificação do lançamento ao sujeito passivo abre a oportunidade para uma atitude (dentre três possíveis): concordância (tácita, com o pagamento do valor cobrado), silêncio e discordância.

O silêncio do contribuinte, que, no prazo adequado, sonega resposta à notificação do lançamento tem efeitos peculiares a cada um dos ordenamentos do processo administrativo-tributário dos entes tributantes. Um grupo³⁴ toma a atitude omissiva como rejeição à via

³⁰ A jurisdicinalização desse litígio através de mandado de segurança preventivo pode ter o pedido de tutela julgado improcedente pela inadequação da ação mandamental contra lei em tese, se não houver a comprovação prévia e específica do dano potencial a ser suportado pelo impetrante.

³¹ Cf. CAVALCANTE, Denise Lucena. 2004, p. 97.

³² No âmbito federal, o processo administrativo de consulta é regido pelos dispositivos do Decreto nº 70.235/1972, Arts. 46 a 53, e Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, Arts. 48 a 50.

³³ Decreto nº 70.235/1972, Art. 48; Estado de Pernambuco – Lei nº 10.654, de 27 de novembro de 1991, Art. 60.

³⁴ Por exemplo: União Federal – Decreto nº 70.235/1972, Art. 21; Estado de Alagoas – Lei nº 4.418, de 27 de dezembro de 1982, Art. 141 (com nova

administrativa: nesse modelo, o litígio não é instaurado, a declaração de revelia impulsiona o feito para a cobrança administrativa do crédito fazendário e, posteriormente, para a inscrição na dívida ativa, tornando o crédito tributário líquido, certo e exigível (CPC, Art. 586), através de processo judicial instaurado pela execução fiscal. Em outros ordenamentos³⁵, o julgador administrativo deve avaliar o lançamento não-impugnado para atestar sua legalidade, antes da cobrança. Nessa conjuntura, o silêncio do contribuinte faz presumir³⁶ o litígio e requer a ação administrativa propensa à finalização do processo, seja pela decisão sobre (in)validação do lançamento para (eventual) extinção da obrigação, seja pela inscrição do crédito tributário consolidado na dívida ativa.

A impugnação do contribuinte ao lançamento notificado anuncia a lide e abre oportunidades para efetivação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em face da exigência tributária, instaurando o litígio sobre crédito tributário a ser resolvido, nessa circunstância, em processo administrativo ou judicial, conforme manifestação do opositor.

A impugnação administrativa transfigura o procedimento em processo³⁷, no qual a análise e o julgamento da reclamação apresentada efetuam o controle de estrita legalidade do lançamento exigida constitucionalmente (Arts. 37, *caput*, e 150, I), com o exercício do poder-dever de autotutela imposto pelo ordenamento jurídico, através de designação da competência para decidir o processo administrativo-tributário. Como a competência administrativa é matéria submetida à estrita legalidade, a opção pelo instrumento de decisão do processo administrativo é feita pelo legislador, que traça a moldura de atuação do agente administrativo – nela incluída a

redação pela Lei nº 5.983, de 19 de dezembro de 1997); Município de Curitiba – Lei Complementar nº 40, de 18 de dezembro de 2001, Arts. 94 e 97.

³⁵ No Estado de São Paulo – Lei nº 10.941, de 25 de outubro de 2001, Art. 29; Município de Recife – Lei nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991.

³⁶ Cf. CONRADO, Paulo Cesar. **Processo tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 104.

³⁷ Por exemplo, para o processo administrativo tributário da União Federal, conferir o Decreto nº 70.235/1972, Art. 14.

atribuição de solucionar as controvérsias referentes à respectiva atividade.

A justificativa para a atribuição de competência decisória do processo administrativo ao agente fazendário reside na eficácia da solução, que passa a regular a atividade administrativa inserida na lide decidida. A indisponibilidade, a indelegabilidade, a irrenunciabilidade das atribuições administrativas são explicáveis pela inadmissibilidade de uma “competência administrativa” desenhada em âmbito estranho à esfera estatal.

A competência para a decisão administrativa de litígio tributário é, em regra, estabelecida por lei³⁸. A exceção conhecida ocorre no Estado de Pernambuco, cuja Constituição³⁹ criou o quadro de julgadores administrativos. A disciplina legal ou constitucional da competência para decisão do processo administrativo-tributário, exclui uma solução por instrumento alternativo, salvo quando previsto em norma de mesma hierarquia.

O processo judicial é o instrumento mais utilizado para solução de litígio tributário. O contribuinte notificado sobre a constituição do crédito tributário pode se opor através de ação anulatória de débito fiscal ou de mandado de segurança repressivo, buscando a tutela jurisdicional para desconstituição do lançamento⁴⁰. A via jurisdicional exclui a decisão administrativa, encerrando eventual processo administrativo em andamento (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, Parágrafo único).

³⁸ Decreto nº 70235/72, Arts. 25 e 26, podendo o Executivo modificar a competência material dos Conselhos de Contribuintes, com base na Lei nº 9.430/1996, Art. 76; Estado de Alagoas, Lei nº 4.418/1982, Arts. 150 e 156.

³⁹ PERNAMBUCO (Estado). Constituição (1989), Art. 247. Os órgãos julgadores administrativos, com organização e funcionamento disciplinados em lei, serão integrados por titulares de cargos de provimento efetivo, estruturados em carreira, nomeados entre bacharéis em direito, aprovados em concurso público de provas e títulos. Parágrafo Único. Nos órgãos julgadores constituídos sob a forma colegiada e assegurada a participação de representação classista, nos termos previstos na lei.

⁴⁰ Cf. DALLA PRIA, Rodrigo. 2003, p. 62.

É comum a validação de crédito tributário em processo administrativo reconhecidamente regular ser questionada perante o Poder Judiciário. A fim de suspender a exigibilidade do crédito (CTN, Art. 151, IV, V), o contribuinte da exação reivindica a jurisdição una, consagrada na Carta Magna, Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito: de tal postulado decorrem a inafastabilidade do acesso à jurisdição e a coisa julgada. Em função desse regramento, a figura da “coisa julgada administrativa” não é válida pela inadmissibilidade de óbice à via jurisdicional. Assim, nem mesmo a auto-executoriedade e o exercício da autotutela sobre seus atos – poderes⁴¹ inerentes à Administração Pública – estão liberados do controle pelo Poder Judiciário⁴².

Por isso, o litígio tributário solucionado no processo administrativo pode renascer na senda judiciária. O contribuinte pode pleitear a tutela jurisdicional para invalidação da inscrição do débito na dívida ativa, por ação anulatória do ato declarativo da dívida ou mandado de segurança. E, posteriormente, em face da pretensão executiva da Fazenda Pública, pode opor embargos à execução fiscal.

4. Meios alternativos para solução de litígios

Considerado o desenho legal (ou constitucional pelo Estado-membro) das competências do agente fazendário, somente um dispositivo normativo de igual hierarquia pode permitir uma alternativa à solução do litígio tributário, desviante das fórmulas estabelecidas pelo processo (administrativo ou jurisdicional).

Nesse íterim, cabe relembrar a clássica sistematização acerca dos meios de composição de um litígio, conceituado como conflito juridicamente transcendente e suscetível de solução, também,

⁴¹ É conhecida a prerrogativa da Administração Pública de “anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (Súmula STF 473).

⁴² No Estado brasileiro, não há exceção ao controle jurisdicional: mesmo as decisões dos Tribunais de Contas – órgãos especiais de controle externo da Administração Pública, cujas competências estão assentadas na Constituição – podem ser subjugadas pelo Poder Judiciário.

jurídica, mediante autodefesa, autocomposição ou processo⁴³. A (suposta)⁴⁴ prevalência do processo estatal na interposição da decisão finalizadora do litígio agrega a alternatividade às formas integradas na autodefesa, na autocomposição (desistência, anuência e transação – que podem ser alcançadas pela negociação, conciliação ou mediação) – e na arbitragem privada.

4.1. A autocomposição no sistema tributário

A revisão do ordenamento administrativo-tributário por essa perspectiva processualista aponta para a admissibilidade da autocomposição em litígio tributário, através de transação e remissão nos termos dos Art. 171 e 172, do CTN. Nesse quadro, as figuras citadas estão incluídas no rol das modalidades de extinção do crédito tributário (Art. 156) e são tipificadas como meios excepcionais em contraponto à finalização normal da obrigação tributária pelo pagamento.

É inegável que a origem de tal sistematização é o direito privado e as diferenças de fundamentos e estruturação do direito público tornam a transação a figura de mais extravagante recepção, por ser-lhe inerente uma manifestação volitiva que parece incompatível com a matéria fazendária “estritamente” legal e com a indisponibilidade do crédito tributário no bojo das “concessões mútuas” entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária. Por isso, a positivação da transação por dispositivo específico é raramente observada – o que não impede a materialização de autocomposições “disfarçadas” ou embutidas em outras regulações⁴⁵. Já a remissão não tem a bilateralidade em sua essência – sendo perdão do débito, renúncia do credor –, neste aspecto, sugerindo uma maior adequação à prática unilateral da administração fazendária, mas, também é

⁴³ Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p.12-13.

⁴⁴ No Brasil, não há estatística confiável que fundamente a assertiva que apresenta o processo jurisdicional como o meio mais utilizado para solucionar litígios, pois não há um registro uniforme, confiável sobre a utilização dos meios ditos alternativos.

⁴⁵ Cf. SERRANO, María Luisa González-Cuellar. *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Madrid: Colex, 1998, *passim*.

questionada no que respeita às “considerações de equidade” a juízo do administrador em face do princípio da legalidade tributária.

A modelagem atual da autocomposição no direito tributário brasileiro⁴⁶ resulta da idealização de Rubens Gomes de Sousa sobre o tema, transcrita em seu Anteprojeto:

Art. 210. A lei tributária poderá; por disposição expressa, permitir que seja autorizada a transação total ou parcial quanto ao crédito tributário, no curso de processo administrativo ou judicial.

Parágrafo único. A transação será proposta em cada caso, em expediente reservado, pelo representante da Fazenda Pública no processo, à mais alta autoridade administrativa competente para dêle conhecer, ou à mais alta autoridade do Ministério Público competente, e será autorizada pela referida autoridade sempre que, a seu juízo, o prosseguimento do processo seja desfavorável, inconveniente ou inútil aos interesses da Fazenda Pública.

Art. 211. A autoridade administrativa competente, quando autorizada por disposição expressa de lei tributária poderá conceder a remissão total ou parcial do crédito tributário, inclusive o referente a juros de mora e penalidades pecuniárias, atendendo:

- I – A situação econômica ou financeira do contribuinte;
- II – Ao erro ou ignorância excusáveis do contribuinte ou de terceiro em prejuízo daquele;
- III – A prejuízos ou inconvenientes que possam ser previstos para a arrecadação ou era a administração tributárias, decorrentes da efetivação da cobrança;

⁴⁶ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Transação...*, p. 57: “O Modelo de Código Tributário para a América Latina (MCTAL), elaborado em 1967, a partir dos trabalhos de Ramón Valdés Costa, Rubens Gomes de Sousa e Giuliani Fonrouge, como resultado do Projeto OEA/BID, também cuida da transação como modo de extinção da obrigação tributária, mas prevendo: ‘Art. 51. La transacción es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable. Art. 52. El consentimiento de la Administración Tributaria debe contar con la aprobación escrita del funcionario de mayor jerarquía’.”.

IV – A considerações de equidade em relação com as características pessoais ou materiais do caso de que se tratar.

§ 1º O despacho a que se refere este artigo não gera direito adquirido e será revogado ou modificado a qualquer tempo, salvo prescrição do crédito remido, para efeito de sua cobrança sem juros de mora, sempre que se apure a improcedência, ainda que superveniente, das razões que o determinaram.

§ 2º Quando se apure que a remissão foi obtida, no todo ou em parte, mediante dolo fraude, ocultação ou simulação por parte do interessado ou de terceiro em benefício daquele, o despacho a que se refere este artigo será revogada ou modificado a qualquer tempo, restituídos à Fazenda Pública os prazos de prescrição para efeito de sua cobrança com juros de mora, os quais não incidirão sobre os juros da mesma natureza porventura contidos no crédito tributário remido, e sem prejuízo das penalidades porventura previstas em lei tributária para os casos de má fé na obtenção do benefício.⁴⁷

Essa concepção tributária para figuras originalmente estruturadas na seara privada já antecipava a resposta ao problema da indisponibilidade do crédito tributário, impondo a exigência de lei expressa de autorização da atividade administrativa para solução autocompositiva de litígio relacionado a tais atribuições.

As normas gerais sobre autocomposição em litígio tributário no direito positivo vigente (Arts. 171 e 172, CTN) têm redação diversa da proposta original transcrita, mas, reconhecendo sua autoridade e cientificidade, especificam a exigência de lei expressa de autorização para o agente fazendário atuar nesse campo.

Nesse segmento, é regra comum nos ordenamentos dos entes tributantes, a remissão de créditos de diminuta importância, que não são inscritos na dívida ativa, consubstanciando a renúncia à pretensão pela Fazenda Pública.

⁴⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. **Anteprojeto de Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1953, p. 54.

As leis tributárias⁴⁸ que autorizam a renúncia à pretensão ou a anuência pelos agentes fazendários nos casos em que a jurisprudência dos Tribunais Superiores foi pacificada em sentido contrário, antes de prevenir ou autocompor uma lide incidente, tão-somente, atentam para a garantia de constitucionalidade do tributo baseada na validade da lei que fundamenta a exação. Nesse contexto, a legalidade exigida para a tributação revigora o dever processual de “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento” (CPC, Art. 14, III).

4.2. A transação no direito tributário

A transação entre o sujeito ativo e passivo da obrigação tributária está comprometida com o pré-fixado objetivo de determinação do litígio e extinção do crédito tributário (Art. 171, CTN).

4.2.1. (De)terminação de litígio

A qualificação positiva de determinação de litígio como finalidade da transação no direito tributário, em geral, é interpretada como “erro de digitação da lei”⁴⁹ que vem recebendo notas de esclarecimento dos editores do Código Tributário Nacional que, com base na doutrina, indicam a palavra “terminação” como a forma correta na espécie⁵⁰. Uma rápida pesquisa histórica mostra que o Anteprojeto de Código Tributário Nacional, de 1953, não mencionava nenhuma das duas palavras nos tópicos respectivos; diferentemente, o Modelo de Código Tributário para a América Latina, de 1967, disciplinava a admissibilidade da transação para a determinação dos fatos, mas não para ajustar o significado da norma aplicável⁵¹.

⁴⁸ Por exemplo: o Art. 77, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; a Lei Federal nº 10.522, de 19 de julho de 2002, alterada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

⁴⁹ Por exemplo: BRASIL. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96: “*Publicada no Diário Oficial da União a expressão determinação, quando o correto, acreditamos, seria terminação*”.

⁵⁰ Cf. GOLDSCHMIDT, Fabio Brum. Arbitragem e transação tributária: verificação de compatibilidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 48, setembro, 1999, p. 58.

⁵¹ Ver nota 46.

Determinar significa⁵² “marcar termo⁵³ a, terminar, encerrar, decidir, resolver”. Indica também: marcar término a (o que está indefinido), circunscrever, delimitar; precisar, indicar (algo) a partir de uma análise, de uma medida, de uma avaliação; definir, propor; tomar forma; precisar-se; fazer tomar ou tomar decisão, partido, resolução; decidir(-se), resolver(-se)⁵⁴.

Aplicada ao texto do Art. 171, CTN, uma primeira explicação semântica da palavra “determinação” leva à indicação de que a finalidade da transação é o encerramento, a decisão, a resolução de litígio tributário, sendo esse o fundamento para a usual nota de correção do texto legal dos editores do Código Tributário Nacional. Nesse entorno, o direito tributário positivado no Brasil não sustenta uma transação para prevenir, impedir, predispor acerca de litígio, mas, tão-somente, para encerrar aquele já instaurado.

Contudo, é preciso atentar para as acepções indicativas de conformação, delimitação da solução da contenda – o que remete ao núcleo das concessões mútuas no ajuste para extinguir o crédito tributário. Ademais, determinar o litígio pode indicar a discussão sobre a incerteza (subjética) até sua elucidação pela compreensão recíproca entre os litigantes. Nessa perspectiva, a transação envolve a eliminação da imprecisão⁵⁵ que gerou a polêmica entre as partes,

⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 671.

⁵³ Ibidem, p. 1948: termo é “limite em relação ao tempo e ao espaço, fim”.

⁵⁴ Cf. HOUAISS, Antonio (Dir.). *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2002. CD-ROM.

⁵⁵ PAREDES, Maria Virginia; CONDE, Tristan Oscar. *Procedimientos sustitativos de la ejecutividad en el derecho tributario argentino. Instituto de Estudios de la Finanzas Públicas Argentinas – Monografías*. Disponível em

<www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/paredes_conde.pdf>
Acesso em 02 de agosto de 2005, p. 70: “La Transacción para su procedencia debe contar con concesiones recíprocas entre las partes, es decir la existencia de una relación jurídica incierta y litigiosa o apta para producir un litigio, de forma tal que en cualquier supuesto que pensáramos susceptible de aplicar el instituto, encontramos como elemento común entre las partes la eliminación de la incertidumbre que

solucionando o litígio que esteja em processamento administrativo ou judicial.

No direito processual, a transação é aplicação prática do princípio dispositivo. O legislador listou a transação como causa de extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, Art. 269, III), prestigiando a autocomposição das partes que decidiram encerrar o litígio, mantida nessa seara, a dúplici finalidade do ajuste: solucionar a dúvida ou o litígio em uma obrigação e encerrar o processo a ele relacionado⁵⁶.

O Art. 171, CTN, conecta a composição intersubjetiva com a indefectível “e conseqüente extinção do crédito tributário”. O indicativo para uma finalização (logicamente) pressupõe a prévia constituição do crédito, de modo que a demanda a ser transacionada é referente a uma obrigação já vertida em crédito tributário. Eventuais discussões surgidas na fase anterior à constituição do crédito tributário referem-se à validade da estruturação legal dos deveres inseridos na obrigação tributária principal ou daqueles exigidos na atividade complementar de fiscalização e controle, que podem ser apresentadas em processo jurisdicional ou em processo administrativo de consulta. Mas, no direito positivo brasileiro⁵⁷, tais lides não são adequadas à

pesa sobre la situación, para buscar un medio que permita buscar una solución lo antes posible con el aliciente de obtener el interesado una reducción en la cuantía de la sanción”. A procedência da transação jurídica incerta e litigiosa ou apta para produzir um litígio, de forma que, em qualquer hipótese suscetível de aplicação do instituto, encontramos a eliminação da incerteza que pesa sobre a situação como elemento comum entre as partes, para buscar um meio que permita uma solução rápida, incentivando o interessado com uma redução na quantia da sanção. (Tradução nossa)

⁵⁶ Cf. KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceitos e pressupostos de validade de acordo com a lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

⁵⁷ A doutrina estrangeira é farta na demonstração da admissibilidade de acordo em litígio tributário decorrente de atos preparatórios à constituição do crédito. Cf. NABAIS, José Casalta. 1994, p. 86 e ss; PISARIK, Gabriel Elorriaga (Coord.). **Convención y arbitraje en el derecho tributario**. Madrid: Marcial Pons, 1996; MESTRES, Magín Pont; PONT CLEMENTE, Joan Francesc (Coord.). **Alternativas convencionales en**

aplicação do Art. 171, CTN, apresentado como forma de extinção do crédito (Art. 156, III, CTN).

A discussão sobre a obrigação tributária, anterior à respectiva constituição do crédito correspondente, pode ser apresentada à jurisdição com o pedido de tutela para declarar a invalidade da lei de positivação da hipótese de incidência e da conseqüente impossibilidade jurídica de constituição do crédito tributário (ou de exigência do adimplemento de outro(s) dever(es) tributário(s), no caso das atividades relacionadas à fiscalização e ao controle dos atos de informação). Cabe ao Poder Judiciário decidir a respeito e exigir o cumprimento de sua decisão pelas partes litigantes, repelida a aplicação do Código de Processo Civil, Art. 269, III, regra meramente adjetiva eventualmente reivindicada para finalização transacional desse tipo de processo judicial, porque não há o fundamento de direito tributário (material) para o acordo intersubjetivo em tal circunstância. Declarada a inconstitucionalidade da lei tributária, fica excluída a obrigação tributária, ou reconhecida a validade da lei, tem seguimento o processamento da relação tributária.

Após a constituição do crédito – independentemente do instrumento jurídico utilizado – qualquer litígio surgido pode ser finalizado pela transação, já que o Código não especifica nenhum outro parâmetro de exclusão⁵⁸.

Nessa regulação genérica, sem pormenorização quanto ao litígio, surge a questão da (in)admissibilidade de uma transação parcial: a (in)eficácia jurídico-tributária de solução ajustada para uma parte da contenda com o prosseguimento da discussão sobre o restante. O problema diz respeito a litígio sobre um objeto

el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación "A. Lancuentra"). Madrid: Marcial Pons, 2003; ROSEMBUJ, Tulio. **La transacción tributaria**. Discrecionalidad y actos de consenso. Barcelona: Atelier, 2000; SERRANO, María Luisa González-Cuellar. 1998, *passim*.

⁵⁸ Cf. FURTADO, Antônio Carlos. 1981, p. 43: "É este, também, o espírito do art. 141 do CTN, e ele nos conduz a concluir que a transação será permitida dentro da excepcionalidade e das limitações do art. 171 do CTN, ou seja, para terminar litígio, desde que extinga o crédito tributário".

multifacetado, que admite divisões sem destruição da essência⁵⁹, tal qual o crédito tributário. O direito privado admite a extinção parcial da obrigação divisível, indicando expressamente a validade de transação parcial sobre litígios multipartidos⁶⁰.

No ramo tributário, a aplicação da solução pactuada com esteio no Art. 171, CTN, não dispensa a extinção do litígio e do crédito nele inserido. Tratando-se de questão composta de partes destacáveis, a transação sobre uma parcela é admissível na medida em que alcance uma solução para essa respectiva contenda com a consequente extinção do crédito parcial correspondente. Quando tal transação parcial ocorrer em processo administrativo, o registro do acordo deve ser colacionado aos autos para comprová-lo e fundamentar a inscrição na dívida ativa do saldo restante, de modo a validar o subsequente ajuizamento da execução fiscal.

Importa destacar que a positivação da transação no Código Tributário Nacional impede uma eventual contratação de arbitragem – como é comum no âmbito privado. Especificando os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária para transacionarem, não há espaço para transferência da decisão a um terceiro, no bojo das “concessões mútuas” ou sob qualquer outro argumento.

A negociação (com intervenção de terceiros), a conciliação e a mediação mostram-se compatíveis com a transação do Art. 171, CTN, porque são instrumentos facilitadores da autocomposição pelos litigantes.

⁵⁹ BRASIL. Código Civil (2002), Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.

⁶⁰ BRASIL. Código Civil (2002): Art. 262. Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente. Parágrafo único. O mesmo critério se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão. Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta. Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais.

4.2.2. Extinção do crédito tributário

O Código Tributário Nacional, Art. 156, prescreve as formas de extinção do crédito tributário – por enquadrá-lo como prestação pecuniária inserida em uma peculiar relação obrigacional – retratando categorias construídas na disciplina privada para extinção de obrigação⁶¹ e/ou de crédito⁶². Todos os meios listados nesse rol – o pagamento (que inclui o pagamento antecipado, o pagamento por terceiro com sub-rogação, a consignação em pagamento com a conversão do depósito em renda, a dação em pagamento em bens imóveis); a compensação; a transação; a remissão; a prescrição e a decadência; impossibilidade superveniente de caráter fortuito (através de decisão administrativa irreformável ou decisão judicial passada em julgado) – têm o seu estudo desenvolvido pelos civilistas e o direito

⁶¹ Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 87-88. A extinção de relação obrigacional tem como meio normal o adimplemento (cumprimento) que é a satisfação da prestação (execução), denominada pagamento. Outros modos, que produzem o resultado do pagamento (satisfação da prestação e extinção do vínculo): compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação em pagamento e prescrição. Também por contratos que se estipulam especificamente para a extinção da obrigação: transação, bem como, novação e dação em pagamento.

⁶² Ibidem, p. 121-123: “A *relação obrigacional* cessa em razão de causas distintas das que determinam a extinção de um *crédito*. Para se avaliar a importância da distinção basta atentar na possibilidade da extinção de *créditos* compreendidos numa *obrigação 'lato sensu'*, sem que esta deixe de existir. [...] Como se vê, os *créditos* têm, freqüentes vezes, vida mais curta ou mais longa do que a relação jurídica em que se inserem, o que não invalida o princípio geral de que a *obrigação 'lato sensu'* acaba quando todos os créditos que compreende se extinguem por qualquer dos modos em direito permitido”. (Grifo do autor). Os modos de extinção dos créditos podem ser reunidos em: a) satisfatório direto (o credor recebe a prestação) pelo pagamento, que inclui por consignação em pagamento, pagamento com sub-rogação, por dação em pagamento; b) satisfatório indireto (não recebe a prestação avençada mas se satisfaz por outro meio): compensação e confusão; c) modo não-satisfatório (o credor não recebe a prestação mas o devedor é liberado): novação, remissão, prescrição, impossibilidade superveniente de caráter fortuito; d) causas gerais: morte ou desinteresse do credor, decadência.

tributário molda-lhes os efeitos distintivos reformando as figuras incorporadas (CTN, Art. 109)⁶³.

O crédito tributário é dirigido por lei complementar (CF, Art. 146, III, b) e as causas de sua extinção são aquelas previstas em lei (CTN, Arts. 97, VI, e 141), não cabendo, neste âmbito, uma “integração” para infiltrar figuras que não estão expressamente positivadas no ordenamento tributário⁶⁴: nesse sentido, a novel recepção pelo direito tributário da dação em pagamento, através da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Esse pressuposto fundamental, aplicado ao Art. 171, induz à conclusão de que esta transação é um acordo que resulta na extinção do crédito por um dos meios⁶⁵ adotados no direito tributário e compatível com a espécie.

Assim, ajusta-se a finalização do crédito por pagamento, dação em pagamento, compensação, remissão⁶⁶. A prescrição e a

⁶³ Cf. BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 539-540; BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 213.

⁶⁴ Impõe-se uma ressalva diante do instituto da confusão que pode surtir efeitos extintivos de créditos tributários em razão das disposições legais (Código Civil, Art. 1.822; Código de Processo Civil, Art. 1.143) que tratam de herança jacente e vacante, pois a satisfação da obrigação seria resultante dos regramentos do direito civil e processual, sendo desnecessária a regulação tributária. A hipótese é referente à circunstância em que o devedor tributário morre sem deixar herdeiros, surgindo a herança vacante a ser incluída no patrimônio do credor, de modo que neste último são reunidas as posições de credor e devedor, extinguindo-se, com isso, a obrigação e, quiçá, o crédito (se os bens forem suficientes para tanto). Cf. GOMES, Orlando. 2002, p. 126-127; BALEEIRO, Aliomar. 1981, p. 541.

⁶⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Transação...*, p. 58: “A transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes. Nos termos do acordo a que cheguem as partes, o processo será decidido”.

⁶⁶ Cf. BASSANEZE, João Marcello Tramujas. **Extinção da obrigação tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1998, p. 254: “O instituto que ora se apresenta como objeto de nossas considerações configura apenas um *meio* para que se constitua a norma jurídica individual e concreta de extinção da obrigação fiscal. Se levarmos em consideração o acordo estabelecido

decadência são categorias moldadas pela lei tributária, sendo inválido e ineficaz um acordo acerca do tema. Direcionar a solução do litígio para uma decisão administrativa ou judicial é renunciar à transação, sendo, portanto, inconciliáveis o Art. 171 e o Art. 156, IX, X, CTN.

O **pagamento imediato** pelo contribuinte (em troca de remissão parcial sobre o crédito litigioso) surge como o resultado mais esperado⁶⁷ da transação com base no Art. 171, da Lei Tributária Nacional.

A **consignação em pagamento** foi recepcionada no direito tributário para suspensão da exigibilidade do crédito litigioso – Código Tributário, Arts. 151, II e 164; Lei nº 6.830/1980, Art. 38 – mostrando-se incompatível com o resultar de uma transação, por ser garantia do litigante durante uma discussão, sem extinguir o crédito. O que pode surgir do acordo é a concordância para o levantamento dos valores depositados, o que extingue o crédito pela **conversão de depósito em renda** (Art. 156, VI, CTN).

O **pagamento com sub-rogação** – no qual um terceiro estranho à relação obrigacional paga a dívida, liberando o devedor em face do credor original, mas assumindo (sub-rogando-se) os direitos deste último – é acordo privado entre o particulares, alheio à transação do Art. 171, que só admite o ajuste entre o sujeito ativo e o passivo da

entre Fisco e contribuinte apenas no tocante à relação jurídico-obrigacional tributária, temos que a prestação-objeto desta pode restar dispensada, realizada em parte, ou realizada integralmente”.

⁶⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. A obrigação tributária: nascimento e morte. A transação como forma de extinção do crédito tributário. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 331, jul-ago-set, 1995, p. 197: “Transação é fato que pode redundar em remissão ou pagamento. A remissão e o pagamento, estes sim, extinguem o crédito”. COELHO, Sacha Calmon Navarro. 2001, p. 716-717: “Transacionar não é pagar, é operar para possibilitar o pagar. É *modus faciendi*, tem feito processual, preparatório de pagamento. Por meio de uma transação, muita vez ocorre pagamento em moeda consorciado a pagamento por compensação, aplicação de remissões e anistias, ou mesmo a dação em pagamento de coisa diversa do dinheiro”. TORRES, Heleno Taveira. Transação..., p. 58: “Com base na decisão, a autoridade responsável pelo lançamento emitirá novo ato administrativo, para que o contribuinte efetue o pagamento dentro do vencimento”.

obrigação tributária. Ademais, em princípio (salvo disposições de lei em contrário), as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes (Art. 123, Código Tributário). O pagamento por terceiro extingue o crédito litigioso e a obrigação tributária, mas eventual discussão sobre os direitos sub-rogados pelo pagador não alcança a Fazenda Pública.

A **dação em pagamento** é admitida no âmbito tributário para a extinção do crédito pela incorporação de bens imóveis ao patrimônio público (Art. 156, X, do Código Tributário), nos moldes estabelecidos em lei⁶⁸, podendo, assim, resultar de uma transação inserida no âmbito do Art. 171.

A **compensação** e a **remissão** podem ser ajustadas no âmbito da transação de direito tributário, mantendo-se os efeitos especificados nesse ramo jurídico. Além do pagamento, são as figuras mais adequadas ao núcleo das concessões mútuas para ajuste.

A **novação** é meio para extinção das obrigações regida pelo direito civil, que não tem acolhida expressa no direito tributário brasileiro. Por ela, uma obrigação é extinta pela formação de outra substitutiva da primeira⁶⁹. Na novação objetiva, o devedor contrai com

⁶⁸ No direito privado, a dação em pagamento (*datio pro solutum*) supõe dívida vencida: modificação da obrigação antes do vencimento descaracteriza a dação. Qualquer que seja o valor da coisa dada, a dação extingue o crédito totalmente, não podendo as partes cobrar eventuais diferenças. Se o crédito for inexistente, a coisa dada deve ser devolvida. A dação é regida pelas normas da compra e venda. Havendo evicção, a quitação é ineficaz e a obrigação primitiva é restabelecida. Distingue-se da dação em função de pagamento (*datio pro solvendo*), na qual há a dação de um crédito sem extinção da dívida originária que é conservada, suspensa ou enfraquecida. Nesse caso, a dívida primitiva só é extinta com o pagamento da nova. O crédito novo é uma exceção dilatória sobre o antigo, já que o credor só pode exigir a prestação original se não conseguir a satisfação da anterior. Cf. GOMES, Orlando. 2002, p. 119-120.

⁶⁹ Nesse sentido, são encontradas lições da doutrina estrangeira acerca de uma “transação novativa” para construção contratual de uma nova relação tributária entre as partes, com eficácia futura, na qual o contexto anterior

o credor uma nova dívida extinguindo e substituindo uma anterior. Por novação subjetiva, ou um novo devedor sucede ao antigo, que fica liberado, ou um novo credor substitui o antigo, que libera o devedor⁷⁰.

A incompatibilidade de uma novação subjetiva no âmbito tributário é patente, seja em razão da inadmissibilidade de eficácia para transferência de responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário, seja em decorrência da irrenunciabilidade e/ou da indelegabilidade de competência tributária pelos entes tributantes, através de uma hipotética “alienação” do direito ao crédito tributário

– da regulação legal – é descartado porque litigioso. Cf. ROSEMBUJ, Tulio. 2000, p. 42-43: “La transacción es un proyecto negocial hacia adelante, destinado a constituir una situación jurídica nueva y, por tanto, no reconoce el pasado ni está orientado a determinar la certeza de la situación precedente, de la que, en verdad prescinde. El efecto preclusivo de la transacción conduce a la indiferencia del resultado transaccional con la situación jurídica previa existente entre las partes. “Esto se produce cuando la situación jurídica del tiempo dos (sucesiva en hipótesis) al tiempo uno se verifica, cualquiera que sea la situación jurídica del tiempo uno, de la que se prescinde totalmente”. [...] no se trata de saber quien tiene razón o está equivocado, sino de construir nuevas relaciones entre las partes”. El reglamento transaccional elimina la disputa mediante soluciones de compromiso, evitando la dificultad de determinar o fijar la propiedad de la razón que asiste a cada una de las partes, con lo cual hace infructuosa la confrontación entre el acuerdo que se logra y la situación jurídica previa al mismo”. A transação é um projeto negociado para o tempo futuro, destinado a constituir uma situação jurídica nova e, portanto, não reconhece o passado nem está orientado a determinar a certeza da situação precedente, da qual, na verdade, prescinde. O efeito preclusivo da transação conduz à indiferença do resultado transaccional com a situação jurídica prévia existente entre as partes. ‘Isso se produz quando a situação jurídica do tempo dois (por hipótese, sucessiva) verifica-se no tempo um (qualquer que seja a situação jurídica do tempo um, da qual prescinde totalmente)’. [...] não se trata de saber quem tem razão ou está equivocado, senão de construir novas relações entre as partes. O regramento transacionado elimina a disputa mediante soluções de compromisso, evitando a dificuldade de determinar ou fixar a propriedade da razão que assiste a cada uma das partes, com o que é infrutífera a confrontação entre o acordo que se alcança e a situação jurídica prévia ao mesmo. (Tradução nossa)

⁷⁰ Cf. GOMES, Orlando. 2002, p. 135-141.

para pessoa e/ou por forma distinta daquelas determinadas pelo constituinte⁷¹. Para ser caracterizada, uma novação objetiva deve inovar no objeto principal da obrigação (entrega de coisa certa por prestação de serviço), na natureza desta (obrigação pura por condicional) ou na causa jurídica (um devedor por compra passa a ser mutuário), de modo que a nova dívida seja incompatível com a subsistência da anterior⁷². Nesse segmento, o direito tributário repele inteiramente a possibilidade de um ajuste para modificação da natureza da obrigação exatora ou de sua causa jurídica, pois implicaria(m) em desvios da exigência constitucional de estrita legalidade para esses temas. Dessa forma, uma transação fundada no Art. 171 não pode acordar uma novação, já que, além de sua intrínseca incompatibilidade, não haveria a imprescindível extinção do crédito tributário litigioso.

O Código Tributário Nacional fixou a extinção do crédito como meta a ser alcançada pela transação, mas, analise-se a (in)admissibilidade de moratória e/ou de parcelamento no núcleo do ajuste transacional⁷³ – figuras arroladas pelo Código em seu Art. 151, com eficácia suspensiva da exigibilidade do crédito.

⁷¹ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. 1998, p. 383-394; MENDONÇA, Cristiane. *Competência...*, p. 285-292.

⁷² Cf. GOMES, Orlando. *Idem.*, p. 139.

⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. 2001, p. 62: “Embora na generalidade dos casos da transação resulte a extinção do litígio e também do crédito tributário a respeito do qual se havia aquele instaurado, pode ocorrer que de uma transação não decorra a extinção da relação obrigacional tributária. Realmente, a transação destina-se essencialmente a extinguir o litígio. Pode ocorrer, por exemplo, que em face da transação seja concedido um novo prazo para o pagamento, de uma só vez ou em parcelas, do crédito tributário respectivo. Desde que tenham sido feitas concessões mútuas com o objetivo de terminar o litígio estará caracterizada a transação”. TORRES, Ricardo Lobo. 2001, p. 266: “Embora a transação tenha efeito meramente declaratório (art. 1.027 do C.C.), quase sempre encobre um ato jurídico subjacente à própria concessão, também autorizado por lei. Assim acontece, por exemplo, com o parcelamento da dívida fiscal, com a dação em pagamento, com a remissão parcial”.

A formação tributária da **moratória** direciona sua aplicabilidade sobre aqueles créditos já constituídos (Art. 154, CTN), nesse ponto residindo sua tipificação como instrumento para suspensão de exigibilidade. “Moratória é prorrogação do prazo para pagamento do crédito tributário, com ou sem parcelamento”⁷⁴. Em tal âmbito, a extinção do crédito é postergada para ocorrer em momento posterior (por uma das formas com eficácia extintiva)⁷⁵. Entende-se que esse instituto não é adaptável à aplicabilidade do Art. 171, CTN, porque ele não opera a extinção do crédito. Pode-se argumentar que a possibilidade de concessão de prazo dilatado para o pagamento esteja incluída na delimitação legal das condições para o ajuste – assim como a transação, a moratória também está sujeita à permissão legal do ente detentor da competência tributária. Nessa hipótese, vislumbra-se que tal lei permissiva afasta-se da normativa da transação e justifica-se no entorno dos Arts. 97, VI e 154, CTN, independentemente das denominações utilizadas em seu texto enunciativo. Ademais, considere-se que a moratória, apenas suspendendo a exigibilidade do crédito, retém o andamento do processo relativo à execução da obrigação, sem extingui-lo, de modo que um eventual inadimplemento da prestação restaura o curso do feito (CPC, Art. 792). Ou seja: também nessa perspectiva, a moratória mostra-se incompatível para atingir o resultado legal determinado para a transação, já que não encerra o litígio⁷⁶ – marco postergado até o cumprimento da obrigação pelo devedor (Art. 794, I, CPC).

O credor não pode ser obrigado a receber a dívida por partes – ele pode estipular ou aceitar o pagamento parcelado⁷⁷. O tributo é prestação pecuniária que admite a divisibilidade, tendo o

⁷⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 161.

⁷⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. 2001., p. 677: “O crédito tributário, se resistir, no todo ou em parte, a qualquer das cláusulas de suspensão de sua exigibilidade, somente desaparecerá em razão das causas extintivas”.

⁷⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. 2001, p. 679: “A moratória, *lato sensu*, não é transação, que no Direito Tributário brasileiro não pode ser *preventiva* (art. 171, CTN), mas tão-somente *terminativa* de litígio judicial. Pode, no entanto, decorrer de transação judicial, já que esta é, no fundo, *modus operandi*”. (Grifo do autor)

⁷⁷ GOMES, Orlando. 2002, p. 74.

parcelamento do pagamento do crédito tributário sido expressamente positivado pela Lei Complementar nº 104/2001 (CTN, Art. 151, VI). Em razão da concessão de dilação do prazo para pagamento do débito, presente nos dois instrumentos, a doutrina tributarista já tipificava o parcelamento como espécie do gênero moratória, mesmo antes da inovação legislativa⁷⁸.

O parcelamento tem duplice resultado: suspensão da exigibilidade e extinção parcial do crédito por cada pagamento. Como a obrigação só estará cumprida após o pagamento da última fração⁷⁹, o respectivo processo tem seu andamento suspenso durante o prazo concedido para a execução fracionada (CPC, Arts. 792 e 794, I). Nesse sentido, apesar da extinção fracionada do crédito, não haveria espaço para o parcelamento no bojo da transação do Código Tributário

⁷⁸ Cf. BALEEIRO, Aliomar. 1981, p. 534; MACHADO, Hugo de Brito. 2001, p. 162: "A Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, incluiu um novo inciso no art. 151, do CTN, prevendo como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário o *parcelamento*. É mais uma inovação inteiramente inútil porque o parcelamento nada mais é do que uma modalidade de moratória". (Grifo do autor) SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Crédito tributário: constituição e exigências administrativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 350: "A moratória tanto pode ser causa de impedimento de exigibilidade, o que ocorre quando do alargamento o prazo de pagamento dá-se antes do vencimento, como de suspensão, se concedida posteriormente ao vencimento. Observa-se ainda que de há tempos o parcelamento é tido como sinônimo de moratória. Entretanto, a Lei Complementar n. 104 dispõe como sendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito o parcelamento (art. 155, VI, do CTN), que será concedido na forma e condições estabelecidas em lei específica (art. 155-A, CTN), sendo-lhes aplicadas, subsidiariamente, as disposições do Código Tributário Nacional relativas à moratória (155-A, § 2º)". TORRES, Ricardo Lobo. 2001, p. 256: "Nenhuma novidade trouxe a lei complementar, posto que sempre se entendeu que o parcelamento já estava implícito no conceito de moratória, regulada pelo inciso I do art. 151".

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, (Teoria geral das obrigações, vol. II), p. 125: "Em todos os casos, contudo, em que se façam pagamentos parciais, autorizados pela convenção entre as partes ou vontade legal, as garantias que eventualmente acompanham a obrigação permanecem inteiras até a final e definitiva extinção da obrigação".

Nacional porque o litígio na relação tributária permanece em suspenso, aguardando o cumprimento (voluntário) da obrigação ajustada pelo devedor, que sempre tem o direito de (re)instalação⁸⁰ da contenda (pela garantia constitucional de acesso à jurisdição para questionar o parcelamento ou a obrigação que lhe deu origem).

“Tendo o credor direito à coisa devida na sua *integralidade*, não é obrigado a qualquer encargo para recebê-la. Daí presumirem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação”⁸¹. Nessa perspectiva, a concessão de prazo para pagamento parcelado reveste um ônus para o credor e um benefício para o devedor, de modo que uma transação ajustada com base no Art. 171 que resultasse em parcelamento estaria sobrecarregando o credor com um custo maior para o recebimento fracionado no prazo alongado, o que vem descaracterizar a mutualidade das concessões:

Como se vê, o parcelamento puro e simples do crédito tributário, caracteriza a *moratória* e, havendo redução do seu valor, fica acrescido, ainda, da *remissão* parcial, portanto, *moratória + remissão*. Só caracteriza a transação, a redução para pagamento à vista e após instaurado o litígio.⁸²

Como a Lei Processual atribui à transação a eficácia extintiva do processo com julgamento do mérito, essa é a finalidade pretendida na transmutação de um parcelamento – que não encerra o litígio, nem o processo – em uma “transação do Art. 171”. Contudo, nem mesmo quando acertado em transação judicial, o pagamento parcelado não encerra o processo (Art. 792, CPC). Nesse âmbito, a admissão do pagamento fracionado descaracteriza a transação,

⁸⁰ FURTADO, Antônio Carlos. 1981, p. 45: “E nem sempre têm alcançado o fim a que se destinam – *terminação de litígio* – pois os ajustes celebrados têm, no mais das vezes, substituído a obrigação original, indivisível, pelo parcelamento, cuja inadimplência faz renascer o litígio, se já existia ou, nascer o que ainda não existia, decorrente do acordo nascido por ocasião da concessão da *remissão* parcial que foi, impropriamente, chamada de *transação*”. (Grifo do autor)

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, p. 125, grifo do autor.

⁸² FURTADO, Antônio Carlos. 1981, p. 45, grifo do autor.

podendo ser validada com base no regulamento geral da moratória ou do parcelamento.

Ainda importa analisar a admissibilidade do ajuste transacional do Art. 171, CTN, resultar em isenção ou anistia.

A doutrina brasileira discute acerca da caracterização das figuras enquadradas pelo Código⁸³ no tópico “Exclusão de Crédito Tributário”, não havendo entendimento unânime a respeito, havendo, contudo, concordância geral (com argumentação variada) sobre uma atecnia do Código em tipificar a isenção como causa de exclusão do crédito, já que não há a prévia constituição do crédito e, por isso, o termo exclusão mostra-se ambíguo, na medida em que indica a retirada de ‘uma não-ocorrência’. Tangenciando a acirrada polêmica acerca da “natureza jurídica” (tipificação doutrinária) da isenção tributária, importa ressaltar sua incompatibilidade com a transação porque, em qualquer perspectiva adotada (fator impeditivo do nascimento da obrigação tributária⁸⁴, exceção legal à tributação com exclusão do fato gerador⁸⁵, fórmula inibitória da funcionalidade da regra-matriz de incidência⁸⁶, hipótese de não-incidência legalmente qualificada⁸⁷), não há crédito tributário constituído a ser extinto pela prestação transacionada nem é admissível, nesse espaço, ajustar isenção sobre (outras ou futuras) obrigações tributárias (alegando compensação ou prevenção de litígios).

A anistia é forma de extinção da punibilidade advindo o perdão da dívida relativa à aplicação da sanção. Seu confronto com a transação do Art. 171, CTN, resulta em incompatibilidade na materialização conjunta das duas figuras. Nas circunstâncias em que o crédito tributário decorrente da sanção pela infração tributária não esteja constituído ou quando não há discussão, a transação é insubsistente pela ausência dos pressupostos exigidos (crédito

⁸³ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. 1953, p. 56: “Exclusão do crédito pela dispensa legal do pagamento do tributo devido”.

⁸⁴ Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. 2001, p. 737.

⁸⁵ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. 2002, p. 198-200.

⁸⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. 2002, p. 488.

⁸⁷ Cf. BORGES, José Souto Maior. 2001, p. 183; AMARO, Luciano. 2003, p. 273-274.

tributário e/ou litígio). No caso em que a multa já foi aplicada, constituído o crédito e havendo o litígio, a concessão legal para o perdão administrativo na espécie recai no âmbito da remissão, já que a penalidade pecuniária equivale à prestação da obrigação principal (Art. 113, § 3º, CTN).

Dessa forma, conclui-se que, estando determinada à transação resultar, necessariamente, na extinção do crédito tributário, o ajuste deve ser ater a forma indicada pelo direito tributário para tal finalidade, rejeitadas aquelas afetas à suspensão de sua exigibilidade ou à “exclusão” respectiva.

5. Lide tributária e arbitragem

Na (re)vigoração de meios alternativos à intervenção jurisdicional inspirada pelo movimento pelo acesso à justiça⁸⁸, a arbitragem foi (re)novada pelo seu potencial de agilidade em contraponto à lentidão do Poder Judiciário. Nesse entorno, o direito positivo brasileiro (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), atribuiu-lhe o *status* de jurisdição⁸⁹ (CPC, Art. 584, VI), facultada às partes para resolução de contendas sobre direitos disponíveis. Trata-se de jurisdição especial, voltada para o conhecimento e decisão sobre o litígio, mas desprovida de executividade, apesar do efeito de coisa julgada entre as partes.

O tema tem sido renovado na doutrina estrangeira, a partir de experiências exitosas nos EUA e Inglaterra. Na Espanha, o projeto de lei para reforma da *Ley General Tributaria* admitia a contratação de arbitragem como meio de solução dos litígios relacionados aos procedimentos de fiscalização e gestão fazendária, mas o item não foi

⁸⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁸⁹ KROETZ, Tarcísio Araújo. 1997, p. 22: “O reconhecimento da natureza contratual na sua formação não descaracteriza a jurisdicionalização da arbitragem, devido ao resultado que esta objetiva. O exercício da função jurisdicional, ainda que seja pretendido pelas partes, não decorre de sua vontade, mas da lei. Uma vez constituído o juízo arbitral, as partes se submetem à sentença arbitral por força de disposição legal”.

aprovado pelo Parlamento. No estágio atual do direito tributário dos sistemas romanistas, a admissão da arbitragem para matéria tributária encontra óbices intransponíveis⁹⁰.

O ordenamento positivo brasileiro da atualidade não permite à Administração Fazendária dispor de sua competência decisória para contratar uma arbitragem sobre a obrigação tributária litigiosa. Se a discussão estiver contida em processo judicial, o problema passa a ser a ausência de autorização para o agente fazendário contratar e se submeter a uma arbitragem privada, na medida em que os representantes judiciais da Fazenda Pública têm suas atribuições determinadas em estatuto legal.

Por fim, há que se considerar o perfil para um árbitro que seja imparcial, pois a complexidade da matéria tributária é tal que os peritos no assunto ou são agentes fazendários ou são representantes dos contribuintes – contadores, advogados, administradores.

Conclusões

O tema investigado é a incidência do chamado “princípio da indisponibilidade dos tributos” sobre os meios de solução dos litígios.

No Estado Democrático de Direito, a delimitação do poder estatal relacionado aos tributos é manifestação constituinte registrada na Lei Maior. A estruturação constitucional dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com as específicas limitações ao poder de tributar, exsurtem como o fundamento e a moldura para a realização das competências tributárias de cada ente federado habilitado para essa função, que aparecem como autorizações do constituinte para o legislador editar o arcabouço legislativo das exações de sua titularidade.

O desenho constitucional das competências faculta ao ente tributante renunciar a receitas tributárias (Art. 150, § 6º), por lei específica para a regulação de finalização extravagante da obrigação

⁹⁰ Cf. PÉREZ, Juan J. Zornoza. Convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el derecho tributario español: análisis desde el derecho comparado. MESTRES, Magín Pont; PONT CLEMENTE, Joan Francesc (Coord.). 2003, p. 377; CASÁS, José Osvaldo. Arbitraje en materia tributaria: informe por la república argentina. XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Quito - Ecuador, septiembre, 2004.

tributária. A decisão de disposição do crédito tributário é alheia à composição da obrigação correspondente e não tem eficácia derogatória da normatividade comum, apresentando-se, em tal contexto, como exceptiva.

A competência tributária inclui a regulação da atividade administrativa necessária à efetivação dos respectivos ditames legais. Nesse contexto, não há uma distinção de base entre a administração comum e a administração fazendária: ambas estão submetidas à estrita legalidade (Art. 37, *caput*), que especifica suas ações através da demarcação dos “deveres-poderes” alocados nas competências administrativas. No âmbito tributário, esse pilar do direito público foi consubstanciado em nosso Código Tributário Nacional, Art. 141. As competências dos agentes da administração tributária são fixadas na lei, instrumento de autorização e de especificação dos limites de (in)disponibilidade do crédito tributário, excluída a desvinculação de tais ditames.

Assim, o chamado ‘princípio da indisponibilidade dos tributos’ é moldado como uma faceta do basilar princípio da legalidade da administração pública porque ‘tributo’ é um conceito próprio a cada ordenamento, cuja (in)disponibilidade é construída nesses limites. No sistema normativo brasileiro, havendo enquadramento legal específico, a administração fazendária pode dirigir sua atividade para a renúncia de receitas de crédito tributário, contendo-a nos limites desse molde.

A atividade tributária multifacetada não acarreta litígio necessariamente. A lide tributária é instaurada pela reação de oposição do sujeito passivo em face de exigência tributária do ente estatal – seja em sua faceta de legislador, seja como gestor da arrecadação. Tal resistência pode se manifestar em momentos diversos do processamento da materialização da obrigação tributária e sempre pode ser examinada através de feito judicial e, dependendo do estágio de materialização da obrigação tributária, em processo administrativo.

O processo judicial é o instrumento mais utilizado para solução de litígio tributário. Essa via exclui a decisão administrativa, encerrando eventual processo administrativo em andamento. Também, pode renovar perante o Poder Judiciário o litígio anteriormente decidido, reivindicando a inafastabilidade do acesso à jurisdição pela

inexistência de “coisa julgada administrativa”, a fim de suspender a exigibilidade do crédito.

Considerado o desenho legal (ou constitucional pelo Estado-membro) das competências do agente fazendário, somente um dispositivo normativo de igual hierarquia pode permitir uma alternativa à solução do litígio tributário, desviante das fórmulas estabelecidas pelo processo (administrativo ou jurisdicional).

A revisão do ordenamento administrativo-tributário por essa perspectiva processualista aponta para a admissibilidade da autocomposição em litígio tributário, através de transação e remissão, moldadas a partir da proposta elaborada por Rubens Gomes de Sousa, que antecipava a resposta ao problema da (in)disponibilidade do crédito tributário, impondo a exigência de lei expressa de autorização da atividade administrativa para solução autocompositiva de litígio relacionado a tais atribuições.

As leis tributárias que autorizam a renúncia à pretensão ou a anuência pelos agentes fazendários nos casos em que a jurisprudência dos Tribunais Superiores foi pacificada em sentido contrário, mais que prevenir ou autocompor uma lide incidente, atentam para a garantia de constitucionalidade do tributo baseada na validade da lei que fundamenta a exação.

A transação entre o sujeito ativo e passivo da obrigação tributária – excluída a decisão por terceiro – está comprometida com o pré-fixado objetivo de determinação do litígio e extinção do crédito tributário. O direito tributário positivado no Brasil não sustenta uma transação para prevenir, litígio, mas, tão-somente, para encerrar aquele já instaurado, através da delimitação da solução da contenda pelas concessões mútuas para extinguir o crédito tributário.

O crédito tributário é dirigido por lei complementar (CF, Art. 146, III, b) e as causas de sua extinção são aquelas previstas em lei (CTN, Arts. 97, VI, e 141), não cabendo, neste âmbito, uma “integração” para infiltrar figuras que não estão expressamente positivadas no ordenamento tributário. Esse pressuposto fundamental, aplicado ao Art. 171, induz à conclusão de que esta transação é um acordo que resulta na extinção do crédito por um dos meios adotados no direito tributário e compatível com a espécie: pagamento, dação em pagamento, compensação ou remissão.

O direito tributário brasileiro repele inteiramente a possibilidade de um ajuste para novação com a modificação da natureza da obrigação exatora ou de sua causa jurídica, pois implicaria(m) em desvios da exigência constitucional de estrita legalidade para esses temas. Dessa forma, uma transação fundada no Art. 171 não pode acordar uma novação, já que, além de sua intrínseca incompatibilidade, não haveria a imprescindível extinção do crédito tributário litigioso.

A moratória mostra-se incompatível para atingir o resultado legal determinado para a transação, já que não encerra o litígio e a extinção do crédito é postergada.

O parcelamento tem duplice resultado: suspensão da exigibilidade e extinção parcial do crédito por cada pagamento. Apesar da extinção fracionada do crédito, não haveria espaço para o parcelamento no bojo da transação porque o litígio na relação tributária permanece em suspenso, aguardando o cumprimento (voluntário) da obrigação ajustada pelo devedor, que sempre tem o direito de (re)instalação da contenda, inclusive para questionar o parcelamento ou a obrigação que lhe deu origem.

Não havendo crédito tributário constituído a ser extinto pela prestação transacionada, não é admissível, nesse espaço, ajustar isenção sobre (outras ou futuras) obrigações tributárias (alegando compensação ou prevenção de litígios).

Também a anistia é incompatível com a transação do Art. 171, CTN, seja pela ausência dos pressupostos exigidos (crédito tributário e/ou litígio), seja porque o perdão administrativo recai no âmbito da remissão.

A arbitragem em lide tributária não é admitida pelo direito positivo brasileiro pela ausência de autorização legal sobre a disponibilidade das atribuições dos agentes fazendários.

Assim, conclui-se que o dogma da indisponibilidade do crédito tributário não resulta em óbice à utilização de autocomposição – meio alternativo à tradicional decisão em processo administrativo ou judiciário – para solução de lide tributária, se há lei específica de autorização da atividade do agente e demarcação dos critérios e limites de eventual renúncia de receita.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Stela Valéria Cavalcanti

Promotora de Justiça da Comarca de Rio Largo. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Cesmac/Fadima. Mestranda em Direito Público pela UFAL com o Tema: A Violência doméstica como violação dos Direitos Humanos.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A violência doméstica como obstáculo à fruição dos direitos humanos. 2.1. Os direitos humanos fundamentais. 2.2 A proteção aos direitos humanos segundo a Constituição de 1988. 2.3. Evolução histórica da vitimologia. 2.4. A vitimologia e os direitos humanos caminham juntos. 2.5. A vítima no sistema penal brasileiro. 2.6. Vitimização e sobrevivitização. 3. Violência de gênero e violência doméstica. 3.1. A Violência. 3.2. Conceito de Violência de gênero. 3.3. Conceito de Violência doméstica. 3.4 Dados estatísticos sobre violência doméstica na América Latina. 4. A violência na família: berço da violência na sociedade. 4.1. A importância da família na formação do ser humano. 4.2. Infância vítima de violência. 4.3 A violência doméstica como uma das causas da violência na sociedade. 5. A cidadania da vítima dos delitos domésticos. 5.1. A cidadania. 5.2. A cidadania das mulheres vítimas de crimes domésticos e de gênero. 6. Perfil da mulher vítima de crimes domésticos. 7. Perfil do agressor. 8. Atuação do poder público no combate à violência doméstica. 8.1. O poder público frente à problemática da violência de gênero e doméstica. 8.2. O papel das Delegacias da Mulher no Brasil. 8.3. O papel dos Centros de Apoio às vítimas de crimes. 8.4. Metodologia de atendimento pelos Centros de Apoio. 8.5 Queixas mais frequentes das vítimas de crime. 9. A justiça penal consensual. 9.1. Direito Comparado. 9.2. Modelo brasileiro de justiça penal consensual. 9.3. O modelo de justiça criminal adotado no Brasil e os Juizados Especiais. 9.4. A Lei n. 10.886/2004. 10. Conclusão.

1. Introdução

A violência doméstica é um dos mais graves problemas a serem enfrentados pela sociedade contemporânea. É uma forma de violência que não obedece a fronteiras, princípios ou leis. Ocorre

diariamente no Brasil e em outros países apesar de existirem inúmeros mecanismos constitucionais de proteção aos direitos humanos.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter incluído entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o direito penal e processual penal pátrios ainda se preocupam em demasia com o crime e com o criminoso, deixando de lado quem mais necessita de assistência e apoio: a vítima.

A Vitimologia contemporânea tem apresentado propostas para assegurar o direito fundamental à vida, à integridade física e à dignidade da vítima penal. Exemplos disso são os programas de assistência às vítimas de crime, mudanças legislativas que valorizem a atuação da vítima na justiça criminal e a criação de instrumentos jurídicos que assegurem a reparação do dano, no plano civil e penal.

Preocupadas com as estatísticas alarmantes da ocorrência dos delitos domésticos, instituições públicas e organizações não-governamentais no Brasil e no exterior discutem o problema e tentam contribuir para a minimização dos efeitos avassaladores que a violência na família acarreta aos seres humanos, especialmente mulheres e crianças.

Os dados são alarmantes. Em 1984, a Espanha registrou 16.070 denúncias de maus tratos encaminhadas à polícia. Segundo o Ministério do Interior, cada ano se apresenta no País uma média de 18.000 a 20.000 denúncias por maus tratos físicos e psíquicos a mulheres e estes números representam apenas 10% do total de casos que se produzem anualmente na Espanha. Isto significa uma cifra negativa de mais de 200.000 agressões silenciadas.¹

Os países árabes, a exemplo da Arábia Saudita em que a religião muçulmana impõe uma série de restrições à fruição dos direitos fundamentais pelas mulheres, no mês de abril de 2004, divulgou através do jornal Arab News fotos da agressão sofrida pela apresentadora da TV saudita Rania al-Braz, que sofreu 13 fraturas e foi hospitalizada após ser brutalmente espancada por seu esposo; isso demonstra que até os países árabes já começaram a se preocupar com

¹ RUIZ, Juana Maria Gil. La violencia jurídica em lo privado. *Revista Derechos & Deveres*. Maceió: Edufal, ano I, n. 2., p. 34, 1998.

a repressão da violência doméstica.² Segundo informações colhidas na revista francesa *L'Express* que divulgou a notícia na França, o agressor será processado por tentativa de homicídio.

No Brasil a situação não é diferente. Apesar de não haver estatísticas oficiais, algumas organizações não-governamentais de apoio às mulheres e crianças vítimas de maus tratos apresentam números assustadores da violência doméstica. Segundo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a questão da violência contra a mulher, em 1993, mais de 70% de todos os casos denunciados de violência contra a mulher ocorrem no lar.³ Estima-se que a cada 4 (quatro) minutos uma mulher seja vítima de violência doméstica⁴. Em São Paulo, os dados das Delegacias Especializadas demonstram que, em 84,3% dos casos de delitos domésticos, as vítimas são do sexo feminino. Dos 849 inquéritos policiais em instaurados na 1.^a e 3.^a Delegacia de Defesa da Mulher de São Paulo, entre 1988 e 1992, 81,5% se referem a lesões corporais dolosas.⁵

A situação se repete em outras capitais. Apesar disso, o Brasil ainda caminha a passos lentos na busca de soluções para enfrentar o problema. Alguns fatores contribuem para o aumento da impunidade: a) por ocorrer no seio familiar, esse é um tipo de violência que é difícil de ser diagnosticado; b) não existem estatísticas oficiais precisas para demonstrar as causas do problema; c) as políticas públicas desenvolvidas até agora têm se mostrado insuficientes para evitar ou minimizar o sofrimento das vítimas da violência; d) a legislação brasileira ainda e preocupa demasiadamente com o réu em detrimento da vítima.

Em recente pesquisa realizada pelo Alô Senado em 27 capitais brasileiras, constatou-se que 17% das entrevistadas reconheceram já ter sofrido algum tipo de violência doméstica, desse total, 54% afirmaram ter sofrido violência física, seguida da violência

² *Jornal L'Express*. L'hebdomadaire d'information du lundi. n. 2758, 16 de maio de 2004, p.75.

³ Fonte: A Violência dentro de casa. *Revista Cláudia*, 1996.

⁴ Fonte: Dados do Cefêmea – Centro Feminista da Assessoria colhidos no site www.wmulher.com.br/template.asp?canal=saude&id-mater=2071.

⁵ Fonte: www.psiqweb.med.br/infantil/violodom.html.

psicológica (24%), violência moral (14%) e 7% assumiram ter sofrido violência sexual doméstica. Constatou-se também que 4 em cada 10 mulheres afirmaram já ter presenciado algum tipo de violência contra outras mulheres. Deste total, 80% foram descritas como violências físicas⁶.

Os números alarmantes relativos à violência doméstica levaram à Organização Mundial de Saúde a reconhecer a gravidade que o fenômeno representa para a saúde pública e recomendar a necessidade de efetivação de campanhas nacionais de alerta e prevenção.

No Brasil a violência contra a mulher não encontra limites de idade, condição social, etnia e religião. Suas manifestações são variadas e muitas encontram fortes raízes culturais. Entre as formas mais frequentes destacamos as agressões físicas, sexuais e de caráter emocional.

Por essa razão também, em 17 de junho de 2004, foi sancionada a lei n. 10.886/04, acrescentando um novo tipo ao artigo 129 do Código Penal – a violência doméstica, como meio de conter o avanço dessa manifestação de violência na família em nosso país.

Entendemos que um dos maiores desafios da democracia brasileira é o de criar condições para que todos os cidadãos tenham efetivamente os mesmos direitos, as mesmas garantias e as mesmas oportunidades de participar da construção do país.

No Brasil as estatísticas demonstram que a perspectiva universalista de igualdade de direitos não tem se mostrado suficiente para que o ordenamento jurídico assegure a equidade desejada entre homens, mulheres, brancos, índios e negros. O problema está na desigualdade social e econômica cujas consequências levam à prática da violência doméstica e outras violações aos direitos fundamentais.

Tal desigualdade está estampada nos dados sócio-econômicos da sociedade brasileira. Quando considerados à luz de indicadores como raça/étnica e gênero, essas diferenças ganham novos contornos e as desigualdades são ampliadas, sobretudo quando se

⁶ Fonte: www.interlegis.gov.br/comunidade/casas_legislativas/federal.

observa a situação de grupos historicamente excluídos, de que são exemplos as mulheres negras e as indígenas.

Diante desse cenário, para que ocorra a efetivação da equidade social e de gênero, torna-se necessário conciliar o princípio universalista da igualdade com o reconhecimento das necessidades específicas de grupos historicamente excluídos e culturalmente discriminados.

Ao analisar 83 processos que tramitaram entre 1984 e 1989 em varas criminais e no Tribunal do Júri no Fórum Regional de Santo Amaro, em São Paulo, WÂNIA PASINATO IZUMINO, concluiu que:

As estatísticas sobre o perfil dos vitimados por violência são eloqüentes a respeito do maior grau de insegurança doméstica para a população feminina, a porcentagem de mulheres atacadas por parentes e conhecidos é significativamente maior do que aquela agredida por estranhos (esta tendência se inverte no caso masculino). Na maioria dos casos o local da ocorrência é a residência da vítima.⁷

No plano internacional, o Brasil é parte signatária de tratados e convenções internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos. Isso não impede a existência de violações que precisam ser prevenidas e reprimidas mediante a ação ordenada do Poder Público.

Nesse sentido, a Recomendação Geral n. 19/92, intitulada "A violência contra a mulher", aprovada pelo Comitê que monitora a CEDAW,⁸ dispõe que a definição de discriminação contra a mulher, prevista no art. 1.º da Convenção, inclui a violência baseada no sexo, a violência perpetrada por autoridades públicas e por quaisquer pessoas, organizações, e que os Estados também podem ser responsáveis por

⁷ IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência contra a mulher** – o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: Annablume: Fapesp, 1998, p. 09.

⁸ **Convenção** sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, assinada pelo Brasil em 1981 e ratificada em 1984, com reservas e em 1994, sem reservas. Publicada no Diário do Congresso Nacional em 23.06.1994.

atos privados se não adotarem medidas com a devida diligência para impedir a violação dos direitos ou para investigar e castigar os atos de violência e indenizar as vítimas.⁹

Embora atos de violência contra a mulher ocorram em todas as esferas da vida social, seja pública (assédio moral e sexual), ou privada (violência doméstica), as práticas que adquiriram maior visibilidade social são aquelas que ocorrem dentro de casa.

Pretendemos demonstrar neste artigo que a violência doméstica é um fenômeno perverso que afeta mulheres, crianças e idosos com sérias consequências não só para o seu pleno desenvolvimento, mas também comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos.

Nosso país não pode tolerar a violência doméstica em razão de haver assinado e ratificado vários tratados e convenções de direitos humanos e ter assumido o dever de atuar de forma eficaz no combate da violência intrafamiliar, promovendo políticas públicas eficazes para conter o avanço desta forma de criminalidade. Portanto, a sociedade civil pode e deve cobrar a implementação de políticas eficientes para que em um futuro próximo as mulheres e crianças não sofram mais as consequências danosas da violência doméstica no Brasil e possam gozar plenamente dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

2. A violência doméstica como obstáculo à fruição dos direitos humanos

2.1. Os direitos humanos fundamentais

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é recente na história contemporânea, tendo surgido no Pós-Guerra como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo. É naquele cenário que se desenvolve o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional moderna.

⁹ CEDAW. Relatório Nacional Brasileiro. Brasília. 2002, Distribuição gratuita. p. 46.

Uma das principais preocupações desse movimento foi converter os direitos humanos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Diante da crescente consolidação do positivismo concernente aos direitos humanos, pode-se afirmar que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos invocam, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que celebram o consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade humana.

O processo de universalização dos direitos humanos propiciou a formação de um sistema normativo internacional de proteção. Fundado no valor da primazia da pessoa humana, esse sistema interage com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e proteção de direitos fundamentais.

Em 1974, iniciaram-se os trabalhos de elaboração da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher. Em 18 de dezembro de 1979, após cinco anos de intensos trabalhos, com a decisiva participação de mulheres e grupos da sociedade civil, a Assembléia Geral da ONU aprovou, por meio da resolução 34/180, o texto daquela Convenção. Em setembro de 1981, com o depósito do vigésimo instrumento de ratificação, a Convenção entrou em vigor.

A Convenção impõe aos Estados-Partes uma dupla obrigação: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade. A Convenção, portanto, consagra duas vertentes fundamentais: a vertente repressiva-punitiva (proibição da discriminação) e a vertente positiva-promocional (promoção da igualdade).

Essa convenção foi ratificada pelo Brasil em 1984. Trata-se do instrumento internacional de direitos humanos que mais recebeu reservas pelos Estados. O Estado brasileiro formulou 15 reservas que só foram eliminadas em 1994, quando a convenção foi integralmente ratificada.

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Estado para a concretização da democracia.

PEREZ LUÑO¹⁰ entende que:

los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.

O Estado brasileiro também ratificou relevantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo exemplos: a Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, em 25 de janeiro de 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará” em 27 de novembro de 1995 que endossam o dever de assegurar a igualdade e proibir a discriminação, a fim de que se alcance o pleno exercício dos direitos humanos.

Modernamente, a doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.¹¹

Os direitos humanos fundamentais podem entendidos como o conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

2.2 A proteção aos direitos humanos segundo a Constituição de 1988.

Rompendo com a ordem jurídica anterior, marcada pelo autoritarismo advindo do regime militar, que perdurou no Brasil de

¹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1995, p. 43-44.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

1964 a 1985, a Constituição brasileira de 1988, no propósito de instaurar a democracia no país e de institucionalizar os direitos humanos, fez uma verdadeira revolução na ordem jurídica nacional, passando a ser o marco fundamental da abertura do Estado brasileiro ao regime democrático e da normatividade internacional de proteção aos direitos humanos.

Para Dino Pasini¹²:

La concepción de los derechos del hombre es una concepción histórica, dinámica que implica el progresivo reconocimiento, el respecto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador y, por tanto, no sólo de los derechos personales... de los derechos civiles y políticos... sino también de los derechos económicos-sociales y culturales.

A Carta de 1988, logo em seu primeiro artigo, erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental (art. 1.º, III), instituindo, com esse princípio, um novo valor que confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico e que deve ser sempre levado em conta, quando se trata de interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento jurídico nacional.

No que concerne às declarações adotadas pelo Brasil, citam-se como exemplos: Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20/11/1959; a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de abuso de poder; a Declaração de Pequim, adotada pela quarta Conferência Mundial sobre Mulheres: ação sobre igualdade, desenvolvimento e paz, de 1995, entre outras.

Apesar de existirem leis, declarações e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, sabe-se que constantemente são violados. Quando um ser humano, seja criança, adolescente ou mulher é vítima de violência doméstica os pilares de sustentação da justiça são fortemente abalados.

¹² PASINI, Dino. *Il problema dei diritti umani nel mondo occidentale. I Diritti dell'uomo*, Casa Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1979, p. 198.

Norberto Bobbio,¹³ corroborando esse entendimento, diz que:

El problema que se nos apresente, em efecto, no es filosófico, sino jurídico y, em sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

Os Constituintes de 1988, seguindo tendência mundial, também demonstraram preocupação de indenizar a vítima de crime pelo dano sofrido, quando no artigo 245 disse que “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”. Foi o primeiro passo para a instituição de políticas públicas voltadas para o atendimento às vítimas no Brasil. A partir da Constituição de 1988 e da constante evolução da vitimologia, iniciou-se no Brasil um movimento pró-vítima, rompendo com o sistema de justiça criminal arcaico que reinou durante muito tempo no nosso país, em que a preocupação se resumia no autor do delito, em detrimento da parte mais frágil desta relação: a vítima dos crimes. Nesse contexto, importante se faz um estudo da evolução histórica da vitimologia e suas bases teóricas, o que faremos a seguir.

2.3. Evolução histórica da vitimologia

Foram três fases da historia da vitimologia. A primeira, a fase da vingança privada e da justiça privada, do protagonismo da vítima ou sua idade do ouro; a segunda, fase em que a vítima, marginalizada, ficou em segundo plano, ou fase de neutralização e finalmente a fase atual, do seu redescobrimento.

O período da vingança privada certamente marcou a civilização. A vingança, como resposta à agressão, consistia

¹³ BOBBIO, Norberto. **Presente y porvenir de los derechos humanos**. Universidade Complutense. Faculdade de Derecho. Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1982, p. 09.

geralmente na imposição ao algoz de males físicos, da tomada de seus bens materiais ou até à morte.

Com o surgimento das organizações sociais, percebeu-se que não interessava mais a vingança sem limites. Surge, então o Direito Penal como matéria de ordem pública, a partir do Estado Moderno. Deste ponto em diante, o Estado chama para si a responsabilidade da administração da justiça, passando a ser o detentor exclusivo do Direito de Punir. Nesse segundo momento na história da Vitimologia, tem-se a fase da neutralização, em que é notório o enfraquecimento da vítima.

A denominada fase do redescobrimento teve início após a Segunda Guerra Mundial. O termo Vitimologia foi primeiramente utilizado pelo advogado israelense Benjamim Mendelson,¹⁴ um dos sobreviventes do holocausto, em conferência no Hospital do Estado, em Bucareste, quando afirmou: um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia.

Posteriormente Hans Von Henting começou a escrever sobre a relação criminoso-vítima, demonstrando uma imagem nova do agredido, muito mais realista e dinâmica, como sujeito ativo e não como mero objeto.

Em 1979 foi criada a Sociedade Mundial de Vitimologia e em 1984, fundada no Rio de Janeiro a Sociedade Brasileira de Vitimologia. Finalmente, em 1985, na Assembléia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, mesmo ano em que a Sociedade Mundial de Vitimologia foi credenciada como órgão consultivo.

Dai em diante inúmeras obras sobre a vítima foram publicadas, muitas das quais no Brasil. É o momento de redescobrimento do papel da vítima na justiça criminal.

2.4. A vitimologia e os direitos humanos caminham juntos

A Vitimologia é um campo multidisciplinar e oferece muito mais do que apenas uma coleção de estudos sobre vítimas.

¹⁴ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia: sua evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 11.

Inicialmente as pesquisas e abordagens vitimológicas eram ligadas à criminologia, mas agora existem muitas outras possibilidades, conforme se verá.

Vítimas constituem um poderoso clamor para a consciência atual e debate público e levam à análise da medida do nosso próprio sofrimento e do sofrimento dos outros. É também um escopo para o Movimento de Direitos Humanos.

Enquanto vítimas de crime frequentemente têm preocupação com a sua participação no processo, na lei, nas consequências e efetividade, as vítimas da opressão e do abuso de poder necessitam e querem proteção e assistência antes de mais nada.

A vitimologia abrange vários níveis de atuação em diferentes contextos. Pode-se dizer que repousa em um tripé: estudo e pesquisa; mudança da legislação e assistência e proteção à vítima. Cada um desses segmentos é de importância fundamental para uma nova visão do crime e de todo o sistema penal.

A visão que durante séculos prevaleceu, da importância primordial que deveria ser dada ao crime e ao criminoso, sendo a vítima a grande esquecida no drama criminal, está sendo modificada com abordagem vitimológica da relevância da vítima e da necessidade da sua inclusão no processo de assistência.

Todo o arcabouço do sistema penal, a começar com a polícia, passando pelo Ministério Público, a Defensoria Pública, o Judiciário e finalmente a execução da pena é calcado quase que exclusivamente na perseguição ao criminoso (nem sempre bem sucedida) e na sua punição (quase sempre falha), deixando fora das preocupações do Estado a vítima, o lesado, o agredido, aquele que sofreu a ofensa e que deve requerer mais atenção.

A visão vitimológica tem contribuído para modificar este contexto, inclusive apontando medidas extrajudiciais quando cabíveis, que geram diminuição da hostilidade e melhor resolução de conflitos. Muitos países de várias partes do mundo, inclusive do continente americano, já estão adiantados na prática da aplicação conceitual, na modificação das leis e principalmente na criação de centros de proteção e atendimentos às vítimas.

A atenção à vítima engloba, portanto, o estudo e a pesquisa, para dimensionar e conhecer melhor o objetivo, a adaptação da legislação a uma nova abordagem.

Algumas dessas ações, já implantadas com sucesso no Brasil, incluem o programa de intervenção em crises, a compensação, a restituição, o ressarcimento do dano, a assistência médica, psicológica e jurídica que prevê o acompanhamento tanto na mediação, como no processo criminal ou cível quando instaurado.

As Nações Unidas têm se preocupado com a questão das vítimas, tendo aprovado, com o voto do Brasil, a Declaração dos Direitos das Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, em Assembléia Geral no Congresso de Prevenção de Crime e Tratamento de Delinqüente em Milão, na Itália em 1985, ratificado em 1986.

O campo dos direitos humanos pode oferecer uma concepção mais ampla de vitimização e direito das vítimas. Pode também ajudar a melhor conceituar a vitimização definida como criminal, comparativamente às não consideradas criminais, apesar de seus efeitos danosos.

O enfoque nos direitos humanos pode ajudar a examinar as fontes de vitimização e a relação entre causas do crime e causas da opressão. A opressão produz as condições primordiais para os crimes contra a pessoa e contra a propriedade. Uma análise do ponto de vista dos direitos humanos é detectar as condições adversas, políticas, sociais e econômicas provocadas da vitimização.

A vitimologia é ciência que estuda vítimas – não somente vítimas de crime, mas vítimas em geral; os direitos humanos darão uma visão de vítimas antes ignorada. Para a vitimologia atual, promover direitos das vítimas depende de promover direitos humanos em geral. Por essa perspectiva, os direitos humanos internacionais oferecem um novo alento para as vítimas e a vitimologia.

Em contrapartida a vitimologia oferece instrumental para o estudo científico de direitos humanos, que abrange mais direitos qualitativamente e quantitativamente, sendo que a vitimologia tem mais profundidade e produziu uma série de teorias e metodologias que podem fundamentar a compreensão da opressão, seus aspectos, causas, impactos e soluções.

Também é sabido que as vítimas de crime enquanto vitimizadas fazem parte do leque de necessitados do país e acrescentam às estatísticas negativas da desigualdade social. Logo, a preocupação com a assistência às vítimas é necessária à diminuição às grandes desigualdades sociais existentes no país. Uma boa assistência fará com que a pessoa vitimizada deixe rapidamente essa condição e volte a contribuir para o crescimento do país.

2.5. A vítima no sistema penal brasileiro

O sistema penal brasileiro disseminou o discurso da ressocialização do agente, encampando a idéia de que o tratamento da vítima não é problema seu. As vítimas reivindicam, na verdade, o que realmente querem, é ajuda e proteção eficazes. Quando constatarem a ineficácia do sistema penal em lhes prestar a assistência de que necessitam, muitas vezes procuram em outras fontes.

Entretanto, como o apelo do sistema penal é ainda extremamente sedutor, essa lacuna muitas vezes tende a desaguar em demandas por mais criminalização, na medida em que o sistema penal cria e reproduz a idéia – aliás, totalmente fantasiosa, de que pode dar às vítimas a ajuda e a proteção que elas, com razão, reclamam.

A partir desse tipo de consciência é que, na esfera do direito comparado e internacional, existe uma preocupação real com a valorização da vítima, de forma especial em relação à vítima mulher, no tocante à violência de gênero.

Ainda hoje a vítima ocupa, no sistema penal, uma posição de desvantagem. Seus interesses são relegados a um plano absolutamente secundário. Seu papel é, basicamente, o de testemunha, ou seja, uma ferramenta utilizada para que se alcance resultado que o sistema almeja.

A Carta Política de 1988 assegurou proteção específica à vítima, ao contrário do que ocorreu com a figura do criminoso. Exceção é o art. 245 que prevê a obrigação de o erário reparar os danos causados às vítimas. Todavia, tal previsão depende da criação de lei específica, que até o momento não foi editada.

Aos poucos, o Estado brasileiro vem se conscientizando do seu papel de proteção e amparo às vítimas de crimes. As Leis 9.099/95 e 9.714/98 são exemplos da preocupação dos legisladores penais com a vítima de crime. Infelizmente, essas leis não são suficientes para protegê-las do jugo da violência e do preconceito da sociedade.

2.6. Vitimização e sobrevivitização

Enquadrada a vítima no contexto do sistema penal vigente, cumpre abordar o que se denominou sobrevivitização no processo penal – vitimização secundária, ou seja, o dano adicional à vítima que advém do funcionamento do sistema.

A vítima não sofre apenas o fato punível em si mesmo. Sofre também danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos, gerados pela reações formais e informais decorrentes do fato. O que a vítima mais espera é por justiça e muitas vezes a justiça tarda e falha.

Na opinião do autor Louk Hulsman¹⁵ após sua experiência em alguns serviços de atendimento às vítimas, principalmente no Tribunal de Paris, a maioria delas não menciona que espécie de repressão ou retribuição deseja, nem muito menos se quer reparação. Não demonstram também desejo de vingança, mas tão somente querem ser ouvidas, querem falar do seu prejuízo na esperança de, ao fazê-lo, cessar o que lhe incomoda, reencontrando a paz.

No curso do processo penal sente-se desprestigiada, mero instrumento a serviço de um sistema que não a considera. Quase sempre não compreende o procedimento legal, que habitualmente não lhe é esclarecido. Sente-se vexada por se ver obrigada a narrar os fatos por mais de uma vez (na polícia e em juízo, no mínimo). É constrangida, nas audiências de instrução e julgamento, a deparar-se com o agente. Sente-se freqüentemente como a verdadeira acusada, e constata, inúmeras vezes, que o dano sofrido ficou sem reparação.

A maioria das pessoas que se sentem vitimizadas ou ameaçadas no contexto de uma situação criminalizável está sempre mais preocupada com a possibilidade de ver-se ressarcida, ajudada ou

¹⁵ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernal. **Penas Perdidas** – o sistema penal em questão. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 117.

A maioria das pessoas que se sentem vitimizadas ou ameaçadas no contexto de uma situação criminalizável está sempre mais preocupada com a possibilidade de ver-se ressarcida, ajudada ou protegida – ou as três coisas – que com a punição do autor do fato que a atingiu. Por isso é importantíssimo situar a vítima e seus anseios no sistema penal brasileiro e a atuação do Estado na implementação de políticas compensatórias é imprescindível.

No tocante à violência doméstica se observa que há por parte das vítimas a busca de apoio moral, psicológico e material. Geralmente em face das relações afetivas que envolvem os conflitos domésticos, não há a intenção de a vítima punir o agressor.

A realidade de sobrevivitização não restou alterada com o advento da Lei n. 9.099/95, que instalou os Juizados Especiais Criminais no Brasil. Ostentando um discurso de reinserção da vítima no contexto do sistema criminal, ante a possibilidade de composição civil dos danos e a ampliação dos casos de representação criminal, incluindo-se nesse rol as lesões leves, a lei não oferece opções de enfrentamento produtivo do conflito doméstico.

3. Violência de gênero e violência doméstica

3.1. A Violência

Enfrentar o tema violência doméstica implica abordar a questão do sofrimento intenso que a acompanha, sempre disseminado no ambiente em que ela impera. O universo da violência é sempre um universo de dor e sofrimento.

Sônia Felipe conceitua a violência como:

Uma série de atos praticados de modo progressivo com o intuito de forçar o outro a abandonar o seu espaço constituído e a preservação da sua identidade como sujeito das relações econômicas, políticas, éticas, religiosas e eróticas... No ato de violência, há um sujeito...que atua para abolir, definitivamente, os suportes dessa identidade, para eliminar no outro os movimentos do desejo, da autonomia e da liberdade.

vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma forma de violação dos direitos essenciais do ser humano.

3.2. Conceito de Violência de gênero

Esse trabalho preocupa-se com a violência de gênero. O que é gênero? O termo gênero é bastante amplo, empregado com diferentes sentidos. Significa espécie, como quando se trata do gênero humano.

A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram pólos de dominação e submissão.

O gênero, no entanto, aborda diferenças sócio-culturais existentes entre os sexos masculino e feminino, que se traduzem em desigualdades econômicas e políticas, colocando as mulheres em posição inferior à dos homens nas diferentes áreas da vida humana.

O estudo das ciências humanas, com o uso da categoria gênero, não só tem revelado a situação desigual entre mulheres e homens, como também tem mostrado que a desigualdade não é natural e pode, portanto, ser transformada em igualdade, promovendo relações democráticas entre os sexos.

O conceito de violência de gênero deve ser entendido como um relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.

Assim, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos das mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos

Assim, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos das mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos que reforçam a idéia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos da Mulher¹⁶, a violência de gênero é concebida como resultado “das motivações que hegemonicamente levam sujeitos a interagirem em contextos marcados por e pela violência”. O trabalho ressalta que “a prática da violência doméstica e sexual emerge nas situações em que uma ou ambas as partes envolvidas em um relacionamento não cumprem os papéis e funções de gênero imaginadas como naturais pelo parceiro. Não se comportam, portanto, de acordo com as expectativas e investimentos do parceiro, ou qualquer outro ator envolvido na relação”.

A própria expressão violência contra a mulher foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador.

Nesse contexto, violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado, motivada apenas pela sua condição de mulher.

3.3. Conceito de Violência doméstica

Já a violência doméstica ou intrafamiliar é aquela praticada no lar ou na unidade doméstica, geralmente por um membro da família que viva com a vítima, podendo ser esta homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto.

¹⁶ Pesquisa Nacional sobre as Condições de Funcionamento das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres, realizada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher em parceria com a Secretaria Nacional de Segurança Pública, sistematizou informações do atendimento referentes ao ano de 1999, no território nacional, em 267 delegacias de mulheres.

mulheres, pais, mães e filhos, entre jovens e idosos. Pode-se afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres, crianças e adultas são os principais alvos.

Há os que preferem denominá-la violência intrafamiliar e, neste caso, pode ocorrer fora do espaço doméstico, como resultado de relações violentas entre membros da própria família. Existe uma crítica com relação a essa terminologia porque, mais uma vez se estaria escondendo a violência praticada contra a mulher.

O termo violência intrafamiliar tem sido bastante usado nos programas nacionais adotados por governos latinos e caribenhos. Por exemplo, na Bolívia, a lei que impulsiona as políticas públicas nessa área denomina-se “Violência na Família ou Doméstica”, compreendida como “agressão física, psicológica ou sexual cometida pelo cônjuge ou convivente, pelos ascendentes e descendentes, irmãos, parentes civis ou afins em linha direta ou colateral; os tutores, curadores ou encarregados da justiça”.

No Chile, há uma legislação específica sob o título “Lei de Violência Intrafamiliar” definida como “todo maltrato que afete a saúde física ou psíquica de ascendente, cônjuge, convivente, menores de idade ou incapazes, sejam descendentes, adotados, tutelados, colaterais consanguíneos até o quarto grau, inclusive dependente de qualquer dos membros do grupo familiar”.

Estudos intitulados “Informes sobre a situação da violência de gênero contra as mulheres”, organizados pelas Nações Unidas e realizados em 1999, em relação à Bolívia, revelam que, das vítimas de violência intrafamiliar, 98,4% são mulheres. Por sua vez, estatísticas policiais realizadas com base em atendimentos realizados no Chile, referentes ao ano de 1997, identificaram o homem como a principal figura agressora, representando 85% dos que praticam a violência intrafamiliar¹⁷.

¹⁷ GARCIA, Ana Isabel e outros. **Sistemas Públicos contra la Violência Doméstica en América Latina – Un Estudio Regional Comparado**. Fundación Género Y Sociedad. San Jose. Costa Rica. 2000.

A violência doméstica é um problema que acomete ambos os sexos e não costuma obedecer nenhum nível social, econômico, religioso ou cultural específico, como poderiam pensar alguns.

Segundo o Ministério da Saúde, as agressões constituem a principal causa de morte de jovens entre 5 e 19 anos. A maior parte dessas agressões provém do ambiente doméstico. A Unicef estima que, diariamente, 18 mil crianças e adolescentes sejam espancados no Brasil. Os acidentes e as violências domésticas provocam 64,4% das mortes de crianças e adolescentes no País, segundo dados de 1997.

A vítima de violência doméstica, geralmente, tem pouca auto-estima e se encontra atada na relação com quem agride, seja por dependência emocional ou material. O agressor geralmente acusa a vítima de ser responsável pela agressão, a qual acaba sofrendo os efeitos da discriminação, culpa e vergonha.. A vítima também se sente violada e traída, já que o agressor promete que nunca mais vai repetir este tipo de comportamento e termina não cumprindo a promessa.

Estudos da socióloga Heleieth Saffiori concluíram que quando as mulheres se atrevem a prestar queixa às autoridades já estão sofrendo em silêncio há pelo menos dez anos.¹⁸

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), foram agredidas fisicamente por seus parceiros entre 10% a 34% das mulheres do mundo. De acordo com a pesquisa “A mulher brasileira nos espaços públicos e privados” – realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001, registrou-se espancamento na ordem de 11% e calcula-se que perto de 6,8 milhões de mulheres já foram espancadas ao menos uma vez.

A violência psicológica ou agressão emocional, às vezes tão ou mais prejudicial que a física, é caracterizada por ameaça, rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, desrespeito, punições exageradas. Trata-se de uma agressão que não deixa marcas corporais visíveis, mas emocionalmente causa cicatrizes indeléveis para toda a vida.

¹⁸ Fonte: A violência dentro de casa. *Revista Cláudia*, julho de 1996, p.36.

3.4 Dados estatísticos sobre violência doméstica na América Latina

Bolivia:

- 66% dos 1.432 casos de agressão física denunciados na Clínica Forense de La Paz em 1986 eram mulheres;
- Dessas 60.7% foram agredidas pelo cônjuge e 16.7% foram agredidas por outros familiares ou vizinhos.

Chile:

- Em Santiago 80% das mulheres foram vítimas de abuso físico, emocional ou sexual por parte do seu companheiro ou de um familiar.

Colombia:

- 65% das mulheres declaram terem sido agredidas por seus maridos ou companheiros.

Costa Rica:

- 95% das mães jovens são vítimas de incesto.

Nicaragua:

- Segundo o (BID) 52% das mulheres de Managua (60% segundo várias organizações não governamentais) sofrem algum tipo de violência por seus parentes.
- A violência doméstica custa ao Estado 29.5 milhões de dólares por ano (1.6% do produto interno bruto) são em faltas ao trabalho.
- 30% das mulheres que sofreram agressões em 1997 foram hospitalizada e 15% necessitaram de alguma cirurgia.
- No Bairro de Cuba libre em Managua 95% das agressões contra mulheres ocorrem em suas casas; em 53% dos casos o homem estava bêbado.

Perú:

- 70% de todos os crimes denunciados à polícia são de mulheres lesionadas por seus maridos.

- No Hospital Materno de Lima, 90% das mães entre 12 e 16 anos foram violentadas sexualmente por seus pais, padastros ou familiar próximo.

Venezuela:

- Em Caracas, durante a primeira semana de funcionamento do Serviço Municipal para Mulheres em 1985, 89% dos casos atendidos estavam relacionados com grave maltrato físico por parte de seus companheiros¹⁹.

Brasil:

- Dos 849 processos analisados, referentes a casos de violência doméstica apresentados na Primeira DDM (Delegacia de Defesa da Mulher) de São Paulo, em 1988, e na Terceira DDM de São Paulo, em 1988 e 1992, 81,5% se referem a lesões corporais dolosas, ou seja, houve evidências de agressão suficientes para que a Polícia levasse o caso a Justiça.

- Dos casos restantes, 4,47% se referem a estupro ou atentado violento ao pudor; 7,77% a ameaças; e 1,53% a seduções.

- As mulheres são vítimas em 84,3% dos casos. Com mais frequência, as vítimas estão nas seguintes faixas etárias: 24,6% de 18 a 35 anos, 21,3% de 36 a 45 anos e 13% de 46 a 55 anos.²⁰

Os dados estatísticos apresentados confirmam o que a pesquisa empírica já havia revelado, ou seja, que a mulher e a criança do sexo feminino são as maiores vítimas da violência; que o delito de lesão corporal leve (violência doméstica) é o mais praticado, seguido pela ameaça.

¹⁹ Fonte: video "Violence against women: a violation of human rights", editado pelo Institute for Development Training en Chapel Hills, NC, EE.UU. As estatísticas sobre Nicaragua foram colhidas no artigo "'Sopa de muñeca' a discreción", publicado por el diario El País em 22 de março de 1998. <www.vidahumana.org>

²⁰ Fonte: www.psiqweb.med.br/infantil/violodom.html

4. A violência na família: berço da violência na sociedade

4.1. A importância da família na formação do ser humano

A criança tem no adulto um modelo a ser seguido. A relação com os familiares é a primeira relação do indivíduo com o mundo. É nela que ele aprende as regras de convivência que norteiam a vida em sociedade. É a partir dela que a criança vai gradativamente construindo seus conceitos sobre o respeito ao outro, os limites, os direitos e deveres.

É na família que o indivíduo começa a perceber a si mesmo e ao mundo que o cerca. Se ele encontra um ambiente de respeito e equilíbrio, tende a utilizar como paradigma ao longo de sua vida. Se, ao contrário, convive com adultos desequilibrados e violentos, muito provavelmente utilizará esse padrão para se relacionar com todos a sua volta. Geralmente filhos de pais violentos acabam repetindo a estória de seus pais no futuro. A família, sendo o primeiro grupo social do indivíduo, homem ou mulher, tem o dever de oferecer a ele condições dignas para o seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, garantindo-lhe segurança e proteção.

No entanto, a cada dia mais e mais crianças são vitimizadas com atos violentos dentro da sua própria casa, caracterizando assim a violência doméstica – aquela que se dá no âmbito familiar ou entre pessoas muito próximas da família.

Afinal, se a criança e o adolescente não conseguem encontrar segurança e estabilidade em suas próprias casas, que visão levarão para o mundo lá fora? Os conflitos nas crianças podem resultar da disparidade entre o que diz a mãe, sobre ter medo de estranhos, e a violência sofrida dentro de casa, cometida por pessoas que a criança conhece muito bem. Além disso a violência doméstica pode ainda perpetuar um modelo de razão agressiva e violenta nas crianças que estão com a personalidade em formação.

A violência doméstica é considerada um dos fatores que mais estimula crianças e adolescentes a viver nas ruas. Em muitas pesquisas feitas, as crianças de rua referem maus-tratos corporais, castigos físicos, violência sexual e conflitos domésticos como motivo para sair de casa.

4.2. Infância vítima de violência

A infância vítima de violência compreende o contingente social de crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco pessoal e social, daqueles que se encontram em situações especialmente difíceis, ou, ainda, daqueles que por omissão ou transgressão da família, da sociedade e do Estado estejam sendo violados em seus direitos básicos.

A eles a Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.069/90 asseguram o direito de Proteção Especial, como forma de defesa contra a violência em suas várias modalidades.

As crianças vítimas de violência formam no Brasil um país chamado infância que está longe de ser risonho e franco. Nele encontram-se:

- a infância pobre, vítima da violência social mais ampla;
- a infância explorada, vítima da violência no trabalho;
- a infância fracassada, vítima da violência escolar;
- a infância vitimizada, vítima da violência doméstica.

O objetivo deste trabalho também estudar a infância vitimizada pela violência doméstica. Este é o contingente vítima da violência praticada no lar e, por isso mesmo, a mais secreta de todas. Aqui estão as vítimas da pedagogia negra – maus tratos físicos, da negligência, do abuso sexual quase sempre de natureza incestuosa e da perversa doçura, ou seja, da violência psicológica. As notícias a seguir dão uma idéia da amplitude e da gravidade dessas formas de violência doméstica:

- Bebê de cinco anos é morto por pai bêbado.²¹
- Mãe é acusada de acorrentar filha à cama.²²
- Abuso sexual de natureza incestuosa.²³
- Menina passou meses trancada e sem comida em casa.²⁴
- Desde 2000, país já mataram 456 filhos.²⁵

²¹ Estado de São Paulo, 1990.

²² Estado de São Paulo, 1990.

²³ O Globo, 6/8/1989, p. 06.

²⁴ Jornal do Brasil, 11/7/1989, p. 08.

Estudo inédito do Laci (Laboratório de Estudos da Criança e do Adolescente) da USP indica que, desde 2000, ao menos 456 crianças ou adolescentes morreram em consequência de atos de violência sofridos dentro de casa no Brasil. Segundo o estudo, ocorreram no primeiro trimestre do ano passado, em 128 municípios pesquisados (20 Estados), 20.757 notificações e 456 óbitos.

Tais formas de violência compõem um triste mosaico: o da infância em dificuldade, da infância violentada e violentada cotidianamente.

Essas crianças necessitam de proteção especial. Mas, dentre todas, existe um grupo que até recentemente tinha ficado esquecido e que agora está sendo tirado da clandestinidade – é o grupo das crianças vítimas, principalmente meninas, da violência doméstica.

A violência sexual também é forma de violência doméstica. Quando a violência sexual é praticada por familiares ou pessoas que gozam da confiança da vítima, as consequências são ainda muito mais graves, posto que a relação da criança e do adolescente com a família é elemento fundamental na construção da sua identidade.

Os pais exercem poder e fascínio sobre os filhos que necessitam sentir que são amados, que possuem uma relação de confiança e segurança, onde haja troca de carinho, diálogo e compreensão.

Entre os abusadores, os padrastos aparecem como os mais frequentes, seguidos dos pais biológicos, avós, tios e outros parentes próximos.

4.3 A violência doméstica como uma das causas da violência na sociedade

Ao afirmar que a violência na família é o berço da violência na sociedade, pretende-se enfatizar o quanto uma estrutura familiar emocionalmente equilibrada é importante para a formação de adultos responsáveis e conscientes do seu papel de cidadãos. Não se pode, contudo, deixar de identificar outras matrizes geradoras da violência no bojo da própria sociedade.

²⁵ Folha de São Paulo, 10/01/2004, p. 14.

A questão da violência doméstica só pode ser entendida dentro do contexto social mais amplo, pois a estrutura familiar não está isolada da estrutura da sociedade. Uma está contida na outra, influenciando as relações entre as pessoas.

A exclusão social, o desemprego, o abuso de poder, as imensas desigualdades entre os povos, raças, classes e gêneros, são elementos que desencadeiam estresse, competitividade, sentimento de humilhação e de revolta, falta de diálogo e de respeito ao outro. Esses elementos da estrutura social se inserem na estrutura familiar sem que seus membros se dêem conta, desencadeando relações carregadas de intolerância e violência, atingindo principalmente a criança e as mulheres, por se encontrarem em condições de maior vulnerabilidade.

Enquanto a violência das ruas e o crime organizado vêm sendo temas de muitas discussões, mobilizando cada vez mais pessoas no mundo inteiro, a violência dentro da estrutura familiar é ainda intocável, protegida sob o manto do silêncio, pelo mito de que toda família é amorosa e protetora, não sendo capaz de maltratar seus próprios membros. No entanto, não se pode pensar em um mundo mais pacífico enquanto não se conseguir garantir a todos uma infância de respeito e uma vida digna junto a sua família.

O ambiente de paz em casa contribui efetivamente para que a criança, ao tornar-se adulta, estabeleça relações emocionalmente mais equilibradas com as outras pessoas. A paz em casa, portanto, é um grande começo para a paz nas ruas.

5. A cidadania da vítima dos delitos domésticos

5.1. A cidadania

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval, na busca da participação na sociedade.

A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *Ancien Régime* absolutista, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes

dominantes, passando o ser humano a deter o status de cidadão, tendo asseguradas, por um rol mínimo de normas jurídicas, a liberdade e a igualdade contra atuação arbitrária do então Estado-coator.

Com o aparecimento do Estado Social nas primeiras décadas do século XX, as fronteiras da cidadania ampliaram-se ainda mais, aumentando as dificuldades de formulação de um conceito mínimo capaz de entender, coerentemente, esse novo fenômeno em construção.

A partir do século XVIII, com o movimento iluminista, começam a ser definidos os primeiros contornos do conceito de cidadania. Como resultado da Revolução Francesa, surge, então, a famosa *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, de 1789, que, sob a influência do discurso jurídico burguês, lançou as primeiras bases da idéia de cidadão.

A revolução burguesa pretendeu deixar claro – e o fez no art. 16 da Declaração – que não há Constituição onde não se tem assegurado garantia dos direitos individuais nem é determinada a separação dos poderes. Buscou-se, então, colocar em primeiro plano os direitos dos indivíduos, transformando os súditos em cidadãos, em repúdio à monarquia absolutista, sob o manto de uma república constitucional.

A idéia de cidadão, que, na Antiguidade Clássica conotava o habitante da cidade – o cidadão – o indivíduo a quem se atribuíam os direitos políticos; um status jurídico que assegurava o direito de participar ativamente da vida política do Estado em que vivia.

5.2. A cidadania das mulheres vítimas de crimes domésticos e de gênero

Não é outra a lição de João Baptista Herkenhoff, para quem a cidadania não se resume ao estado ou qualidade de quem goza os direitos e desempenha os deveres para com o Estado. Segundo ele, a cidadania em sua essência é composta por quatro dimensões: a social, a econômica, a educacional e a existencial²⁶.

No Brasil as mulheres conquistaram o direito ao voto em 1930, antes não eram cidadãs na acepção maior da palavra. A partir da

²⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. 2.^a ed. Manaus: Editora Valer, 2001, p. 20-21.

conquista do direito ao voto advieram outras conquistas femininas. Hoje as mulheres são freqüentemente eleitas para cargos públicos, inclusive estando à frente da administração de grandes metrópoles.

Ao analisar o cenário sociopolítico brasileiro nas últimas décadas é possível verificar que, embora grandes parcelas da população permaneçam sem ter seus direitos reconhecidos, vivendo em situação de absoluta carência de direitos e de cidadania, vários setores se mobilizaram cobrando uma maior intervenção das instituições na resolução dos conflitos.

Especificamente nos casos de violência contra a mulher, no período que vai dos anos 70 até meados dos anos 80, todas as iniciativas de combate e denúncia da violência partiram da sociedade civil, principalmente de coletivos feministas.

O carro-chefe das reivindicações feministas no início da década de 80, elemento catalisador e marca significativa do movimento das mulheres brasileiras, a mobilização sob o lema “quem ama não mata” contra os assassinatos de mulheres justificados pela legítima defesa da honra, alcançou eco na opinião pública levando à experiência internacionalmente inédita da criação, em 1985, da primeira Delegacia de Defesa da Mulher pelo governo Franco Montoro em São Paulo.

Na década de 90 o cenário começou a ser alterado, com a institucionalização do combate e prevenção da violência contra a mulher, principalmente após o surgimento de novas Delegacias de Defesa da Mulher e dos Centros de Apoio às Vítimas de Crimes em vários Estados da Federação.

Em contrapartida, os dados alarmantes sobre a ocorrência da violência doméstica e de gênero faz perceber que ainda não se pode comemorar, já que há um grande caminho a ser trilhado na luta contra a violência no Brasil. A violência impede as suas vítimas do pleno exercício da cidadania, além de vilipendiar os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

6. Perfil da mulher vítima de crimes domésticos

As estatísticas demonstram que a mulher é mais freqüentemente vítima da violência intrafamiliar que o homem. O quadro abaixo demonstra qual o perfil da vítima de violência doméstica no Brasil:

39,3% têm entre 18 e 40 anos
30,7% dão donas de casa
6,3% comerciárias
5,7% trabalhadoras da economia informal e profissionais liberais
3,6% funcionárias públicas ²⁷

Nos últimos 10 anos proliferaram os estudos que, utilizando-se de boletins de ocorrência registrados nas Delegacias de Defesa da Mulher, procuraram a partir das informações ali descritas definir qual é o perfil das mulheres que recorrem à delegacia para comunicar as agressões sofridas, bem como delinear um perfil do agressor e as circunstâncias que cercam as agressões.

Os estudos demonstraram que o número de ocorrências registradas tem crescido a cada ano, sugerindo que as mulheres, com a abertura desse espaço, tornaram-se menos tolerantes com a violência e mais fortalecidas para denunciar seus agressores.

Demonstraram também que as mulheres que procuram as unidades das DDMs são freqüentemente vitimadas pelos mesmos agressores com os quais em geral possuem algum tipo de vínculo (na maior parte das vezes, conjugal).²⁸

Alguns dados ajudam a traçar um perfil da mulher agredida em casa:

- 50% têm entre 30 e 40 anos,
- 30% têm entre 20 e 30 anos.
- 50% dos casos o casal tinha entre 10 e 20 anos de convivência

²⁷ Fonte: Diário do Congresso Nacional, relatório final da CPI destinada a investigar a questão da violência contra a mulher, 1993.

²⁸ Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Violência contra a Mulher, Congresso Nacional, 1993.

40% entre um e dez anos.

Esses dados mostram que, depois da queixa:

40% dos casais se separam.

60% continuam a viver conjugalmente.

Em 1988, 85% das denúncias registradas nas primeiras e terceira DDM de São Paulo foram de agressão e 4,17% de ameaças. Em 1992, nas mesmas delegacias, as denúncias de agressão caíram para 68% dos casos, com as ameaças subindo para 21,3%. Essa alteração é um indicador de que, em alguns casos, a mera apresentação da queixa numa delegacia e uma advertência da autoridade policial consegue cessar a violência²⁹.

7. Perfil do agressor

A maioria os agressores são homens (67,4%), cônjuge e/ou ex-cônjuge da vítima. Não há trabalhos explícitos sobre incidência de patologias psiquiátricas nos agressores, entretanto, considera-se válido que os agressores se dividem entre portadores de: transtorno anti-social da personalidade, transtornos explosivos da personalidade (emocionalmente instável), dependentes químicos e alcoolistas, embriagues patológica, transtornos histéricos (histriônico), outros transtornos da personalidade, tais como, paranóia e ciúme patológico³⁰.

Através da análise empírica detecta-se também que os agressores geralmente têm baixa auto-estima, estão desempregados ou com algum problema financeiro ou dependem economicamente da mulher.

O quadro abaixo demonstra quem são os principais agressores:

33,1% têm entre 21 e 50 anos

9,0% comerciantes

8,4% desempregados

²⁹ Fonte: idem 18.

³⁰ Fonte: idem 18.

5,9% trabalhadores da economia informal e profissionais liberais
2,6% funcionários públicos³¹

8. Atuação do poder público no combate à violência doméstica

8.1. O poder público frente à problemática da violência de gênero e doméstica

O poder público deveria ser o primeiro interessado no combate à violência doméstica em virtude da estreita ligação entre a violência intrafamiliar e a violência urbana. Porém a violência que é veiculada pela mídia diariamente é a violência urbana. A violência doméstica é discutida isoladamente, como se não fosse importante para a sociedade, como se fosse apenas preocupação da família vítima da violência. Mas estudos recentes demonstram a interligação das várias formas de violência, logo o poder público, paulatinamente, começa a despertar para o grave problema da violência doméstica, suas causas e consequências desastrosas para a sociedade.

Essa preocupação que se vê é o início de um processo de conscientização de que para tratar a violência urbana, deve-se primeiramente extirpar suas causas, que vão desde as desigualdades sociais, à fome, ao desemprego, até à violência doméstica, pois quem vive a violência no seio familiar geralmente a repete na rua.

A partir do entendimento do problema da violência doméstica como um problema social e, por conseguinte, que diz respeito a todos os indivíduos, pode-se apresentar sugestões para que o poder público atue de forma eficaz para tentar conter essa onda de violência que assola o Brasil.

Como exemplos têm-se:

- Desenvolver políticas públicas de qualidade que visem a prevenção e o combate à violência, tendo como prioridade o acesso das famílias à educação saúde, trabalho, habitação e ao lazer;
- Realizar pesquisas objetivando diagnosticar a violência praticada no seio familiar, possibilitando assim, uma intervenção acertada, contemplando as peculiaridades de cada localidade;

³¹ Fonte: idem 23.

- Promover campanhas de cunho educativo nas escolas e nos meios de comunicação, divulgando os locais de atendimento à criança e ao adolescente em caso de violência doméstica;

- Capacitar os agentes de atendimento às vítimas de violência, tais como: médicos, enfermeiros, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes, policiais e educadores, a exemplo do que ocorre em Maceió através do atendimento do CAVCRIME – Centro de Apoio às Vítimas de Crime;

- Estruturar serviços de referência em cada município para atender aos casos de violência doméstica;

- Instalar e fornecer boa estrutura aos Conselhos Tutelares e capacitação freqüente para os seus membros;

- Garantir um serviço policial e jurídico eficiente na apuração e na punição dos delitos domésticos, que deve funcionar articulado com a equipe multiprofissional do centro de referência e com o centro de apoio às vítimas.

8.2. O papel das Delegacias da Mulher no Brasil

A violência doméstica ganhou força em sua denúncia nos anos 80, período em que coincidiu com a abertura democrática na sociedade brasileira, momento de ampliação dos espaços sociais em que as mulheres, articuladas nos diversos grupos feministas, ocuparam-se em denunciar a ocorrência de crimes contra a mulher.

A primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM) foi criada pelo Decreto n. 23.769, de 6 de agosto de 1985, cuja atribuição era a investigação e apuração dos delitos contra pessoas do sexo feminino, sem limitações de idade, referentes a lesões corporais, crimes contra a liberdade pessoal e crimes contra os costumes.

O objetivo da criação de Delegacias especializadas no atendimento às mulheres é criar um espaço institucional de denúncia e repressão à violência contra a mulher, visando a dar um atendimento diferenciado às mulheres vítimas de violências físicas, estimulando-as a denunciarem seus agressores.

As DDMs foram idealizadas como espaço institucional de combate a prevenção da violência contra a mulher, com quadros formados apenas por policiais mulheres (delegadas, escrivãs,

investigadoras) apoiadas por uma equipe de assistentes sociais e de psicólogas.

Visava-se criar um espaço em que as mulheres pudessem trazer da notícia dos crimes sem constrangimento, em que fossem ouvidas, sua representação encaminhada e todos os procedimentos legais adotados.

Embora tenha sido uma iniciativa pioneira que ainda hoje desperta o interesse de organismos internacionais que trabalham com a assistência a mulheres vítimas de violência e com a defesa dos direitos das mulheres, passados 19 anos de sua criação ainda há muita polêmica sobre as DDMs e os problemas que afetam seu funcionamento.

Entre os problemas apontados estão a falta de recursos materiais e de pessoal especializado, além da rápida multiplicação de delegacias por todo o Estado brasileiro, atendendo mais a interesses políticos do que às reais necessidades de atendimento às vítimas.

O Estado de Alagoas possui apenas uma Delegacia Especializada da Mulher e um o Centro de Apoio às Vítimas de Crimes – CAVCRIME, órgãos especializados no atendimento às mulheres vítimas de delitos que servem apenas à capital do Estado.

8.3. O papel dos Centros de Apoio às vítimas de crimes

A partir da Constituição de 1988, artigo 245, o Estado brasileiro ficou obrigado a dar uma atenção especial às pessoas vítimas de crimes e seus herdeiros e dependentes.

Com esse respaldo é que o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, decidiu fomentar, nos Estados, a criação de centros de assistência e apoio às vítimas de crimes. No ano de 1999, a Lei n. 9.807, de 13 de julho, estabeleceu normas de organização e manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas.

A partir da edição da Lei n. 9.807, o Ministério da Justiça apoiou a implantação, nos Estados de Santa Catarina e da Paraíba, de centros de assistência e apoio às vítimas de crimes atuantes nas áreas de suas respectivas capitais: Florianópolis, com o Pró-CEVIC (Programa Catarinense de Atendimento às Vítimas de Crime), e João Pessoa, com o CEAV (Centro de Atendimento às Vítimas de Violência).

No ano de 2000 outros centros foram criados em parceria com as Secretarias de Estado dos Direitos Humanos, a exemplo de Minas Gerais, com o Núcleo de Atendimento a Vítimas de Crimes Violentos, São Paulo, por meio do CRAVI (Centro de Referência e Apoio a Vítimas) e em Alagoas com o CAVCRIME (Centro de Apoio às vítimas de crime).

O fenômeno mundial pelo qual a violência toma proporções assustadoras, fato que é mais evidentemente percebido nos grandes centros urbanos, mas que existe em todos os rincões do mundo, torna as pessoas freqüentemente passíveis de vitimizações geradas pelas mais variadas motivações.

Já que o Estado tem fracassado no combate às várias formas de violência, ao menos tem se mostrado preocupado em compensar suas vítimas através de políticas públicas compensatórias. Os Centros de Apoio são uma iniciativa de pôr à disposição daqueles que são diretamente afetados pelos matizes impostos pela violência social um serviço que torna o Estado, mormente em seu papel de ente garantidor do acesso à justiça e da prática da cidadania, uma figura mais presente em suas vidas.

Essa experiência pioneira vem dando certo em vários Estados da federação, a exemplo do Estado de Alagoas em que o CAVCRIME atende inúmeras pessoas na capital e no interior e presta relevante serviço à sociedade.

O objetivo desses centros de assistência e apoio a vítimas de crimes é basicamente o de conceder amparo jurídico, social e psicológico às pessoas vitimizadas. A atuação interdisciplinar das áreas jurídica, social e psicológica busca primordialmente a reestruturação moral, psíquica e social da vítima. O acesso à justiça significa para essas pessoas o restabelecimento da ordem social individual e familiar, o que implica, em última instância, o controle da violência, o exercício da cidadania e o resgate dos direitos humanos.

8.4. Metodologia de atendimento pelos Centros de Apoio

Em linhas gerais, o funcionamento desses centros segue uma metodologia de funcionamento semelhante. O primeiro atendimento à pessoas que a eles recorrem é geralmente feito por psicólogos e assistentes sociais que, na oportunidade, colhem as informações

necessárias para a instrução do processo de acompanhamento do caso: dados pessoais, escolaridade, profissão, estrutura familiar, situação de violência que a levou a procurar o centro etc.

Como, em geral, as queixas têm relação direta com importantes questões jurídicas, ocorre o encaminhamento para o núcleo jurídico, que a partir de então passa a acompanhar o andamento processual do caso.

No aspecto social, os procedimentos referem-se basicamente ao apoio à família, capacitação e reinserção profissional, encaminhamento para tratamento de saúde etc. Para tanto, são acionadas as várias instituições governamentais e não-governamentais com atuação nessas áreas específicas, formando uma rede de parcerias que convergem em seus objetivos principais.

No aspecto psicológico, ocorre o atendimento sempre centrado no luto violento, ou seja, no incidente criminoso, razão motivadora da situação de vitimização. O acompanhamento é tanto individual quanto familiar, uma vez que a desestabilização do núcleo familiar é uma tônica constante nos casos atendidos.

8.5 Queixas mais freqüentes das vítimas de crime

As queixas mais freqüentes das vítimas de crimes são relacionadas ao atendimento recebido nas Delegacias de Polícia e com relação ao procedimento dos Juizados Especiais.

As vítimas são constantemente vitimizadas pelas instituições de atendimento. Dentre as queixas mais freqüentes está o mau atendimento recebido nas delegacias de polícia em razão do despreparo de alguns dos seus agentes.

A demora na conclusão dos Termos Circunstanciados de Ocorrência e na marcação de audiência também são alvo de crítica por parte das vítimas que necessitam de uma decisão célere para resolver suas vidas.

O contato com o agressor muitas vezes não é evitado por parte dos Delegados de Polícia e de membros do Ministério Público e Juizes, causando constrangimento e medo nas vítimas (a chamada vitimização secundária).

Porém, a crítica mais severa é com relação à penalidade estabelecida em virtude da prática do crime de violência doméstica que ainda é considerado pela legislação brasileira - crime de menor potencial ofensivo, sujeito ao procedimento dos juizados especiais criminais.

Na maioria desses casos, as vítimas são levadas a realizar um acordo com os agressores que no final são condenados a pena pecuniária (algumas cestas básicas) e ao final estão livres de quaisquer repercussões na sua vida em razão da prática de um delito que deixa marcas tão profundas nas vítimas que são muitas vezes irreparáveis.

Nesse contexto faz-se necessário uma breve incursão sobre a evolução da justiça consensuada no Brasil e no mundo.

9. A justiça penal consensuada

9.1. Direito Comparado

As reflexões acerca de uma justiça penal consensuada são antigas, tendo a legislação processual espanhola se ocupado da questão em 1882, em sua *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

O motivo justificador dessa forma distinta de solução dos conflitos penais tem origem no seio social, na insatisfação das pessoas com o processo penal tradicional. A celeridade do processo, cada vez mais exigida pela população, aliada à importância adquirida pela vitimologia, fez com que a justiça consensuada se tornasse caminho obrigatório, também para o processo penal.

O direito comparado é importante fonte para a construção do modelo consensual de processo brasileiro, que viria a ser implantado no país, a partir da Lei dos Juizados Especiais.

Dentre os ordenamentos jurídicos estudados para a criação da justiça consensuada no Brasil, observa-se o norte-americano, com o plea-bargaining, o francês (art. 40 do CPP), o alemão (art. 153, CPP), o espanhol. Entretanto, foi dos ordenamentos italianos e portugueses que a Lei n. 9.099/95 mais se aproximou.

No sistema norte-americano, a disponibilidade é princípio há muito adotado. O acusado pode ali ser condenado com base na sua confissão (declaração de culpabilidade), evitando-se o ajuizamento da

ação penal propriamente dita, e por consequência, o processo tradicional.

O parágrafo 153 da legislação processual penal alemã prevê que o Estado pode abster-se da persecução penal em caso de delitos menores (crimes de bagatela); caso a pena prevista para o crime seja inferior a um ano, o Ministério Público pode prescindir da acusação, mediante autorização do Tribunal competente para a abertura do procedimento ordinário.

A Lei de Procédure Pénale da França, em seu livro I (*De l'exercice de l'action publique et de l'instruction*), Título I (*Des autorités chargées de l'action publique et de l'instruction*), Capítulo II (*Du ministère public*), Seção III (*Des attributions du procureur de la République*), artigo 40, esclarece o papel do Ministério Público, diante de um fato criminoso.

A Lei italiana n. 689, de 24 de novembro de 1981, em seus artigos 77 e seguintes, prevê que o juiz, nos casos em que forem aplicáveis penas alternativas, a pedido do acusado e após parecer favoráveis do Ministério Público, aplique-se sanção, declarando-se em via de consequência extinta a infração penal, com o registro da pena para o efeito único de impedir um segundo benefício.

O Código de Processo Penal Italiano de 1988, em seus artigos 439 e seguintes e artigo 556, prevê que a proposta de acordo pode ser formulada para crimes apenados com até 2 (dois) anos de detenção, dele não decorrendo efeitos civis ou registros penais, nem impedimento à concessão de sursis sucessivo. Tampouco implica o acordo condenação a custas processuais.

O Código de Processo Português, de 1987, em seus artigos 392 e seguintes, prevê que o Ministério Público pode requerer ao tribunal a aplicação da pena de multa ou de pena alternativa para penas detentivas não superiores a seis meses. O representante do Ministério Público também funciona como representante da vítima para formular pedido de indenização civil. A homologação judicial da proposta aceita corresponde à condenação. Em caso de não aceitação,

o Ministério Público não fica vinculado à proposta para instauração do procedimento sumaríssimo.³²

9.2. Modelo brasileiro de justiça penal consensuada

Previu a Constituição de 1988 em seu artigo 98, I, a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, tendo estes últimos competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Essa previsão constitucional veio a atender à necessidade, já premente à época, de se conferir maior velocidade aos julgamentos, especialmente na esfera criminal.

Com esse entendimento, o constituinte determinou o início de um novo modelo de processo penal no Brasil, no qual inúmeras garantias individuais eram previstas ao cidadão, ao passo que certos princípios jurídico-criminais ganhavam elasticidade.

Por esse novo paradigma processual, aceitou o legislador primário que nem todas as controvérsias penais necessitavam de processo efetivo e rígido, podendo ser resolvidas mediante o consenso.

A fim de se fazer cumprir a norma constitucional, era mister a promulgação de uma lei federal, uma vez que apenas à União cabe legislar em matéria penal (artigo 22, I, CF).

Apenas após a promulgação da lei federal é que se permitiria aos Estados criar seus juizados especiais, as respectivas regras de organização judiciária, e os procedimentos, atendendo estes às normas gerais editadas pela União na lei federal, obedecendo sempre às peculiaridades regionais.

A Lei n. 9.099/95 previu a criação dos Juizados Especiais e instituiu o consenso na justiça penal brasileira.

Pode-se, nesse contexto, traçar o perfil esquemático da justiça consensuada brasileira da seguinte forma:

³² ARAÚJO, Letícia Franco de. **Violência contra a Mulher. A Ineficácia da Justiça Penal Consensuada**. São Paulo: Lex, 2003, p. 34-36.

- Contexto de política-criminal: princípio da intervenção mínima; descriminalização; despenalização;
- Órgão do Poder Judiciário competente: Juizados Especiais Criminais;
- Legislação correspondente: Lei n. 9.099/95 e Lei n. 10.259/01;
- Competência material: infrações de menor potencial ofensivo, definidas como contravenções penais e crimes a que a lei penal comine pena privativa de liberdade máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. A partir da Lei n. 10.259/01, o conceito de infrações de menor potencial ofensivo passou a abranger os crimes a que a lei penal comine pena privativa de liberdade máxima não superior a dois anos, abrangidas as contravenções e os delitos para os quais a lei preveja procedimento especial.
- Princípios gerais: oralidade, simplicidade, informalidade; economia processual e celeridade;
- Objetivos da lei: reparação dos danos sofridos pela vítima; aplicação da pena não privativa de liberdade;
- Principais institutos: conciliação (composição de danos civis) e transação penal.

A criação dos Juizados Especiais Criminais veio atender parte da demanda reformista vigente há décadas no seio do pensamento jurídico brasileiro.

O anteprojeto que resultou na lei federal n. 9.099/95 nasceu antes da promulgação da Constituição de 1988, sob a forma de proposta ofertada por dois juizes de São Paulo à Associação Paulista de Magistrados e colocada sob o crivo de grupo de trabalho constituído por ordem da presidência do Tribunal de alçada daquele Estado, integrado por juristas de renome.

O grupo optou por elaborar substitutivo que foi discutido na seccional da OAB em São Paulo e foi mesclado com sugestões de representantes de todas as categorias jurídicas, resultando no anteprojeto finalmente apresentado ao deputado Michel Temer. O anteprojeto transformou-se no projeto de lei n. 1480/89.

Ao iniciar a tramitação legislativa surgiram propostas e projetos paralelos, inclusive projeto de lei do Deputado Nelson Jobim.

O Deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator de todas as propostas na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara selecionou, para o âmbito penal, o projeto Michel Temer, e para o cível o projeto Nelson Jobim, unificando os dois projetos num substitutivo que, depois de tramitar pelo Senado foi retomado na Câmara e aprovado definitivamente, transformando-se na lei n. 9.099, de 26.09.95.

Cumprir informar, que os Estados do Mato Grosso do Sul – em 1990, através da Lei Estadual n. 1.071 – e do Mato Grosso – em 1993, pela lei n. 6176 tomaram a vanguarda na regulamentação do art. 98 do Texto Constitucional de 1988. Aos Estados pioneiros juntou-se posteriormente a Paraíba.

A discussão sobre a constitucionalidade das leis estaduais instalou-se de forma ampla no cenário nacional. Enquanto alguns defendiam a necessidade de promulgação de lei federal para a regulamentação da norma constitucional, outros aplaudiam a adoção de iniciativas que implementavam no país a política da oralidade, da celeridade, da economia e da racionalidade.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha por fim decidido que a criação de juizados criminais pelos Estados dependia de lei federal, e decretado a inconstitucionalidade de norma estadual que outorgasse competência penal a juizados especiais, a iniciativa dos Estados pioneiros vingou, cumprindo seu papel, sobrevivendo a edição da lei federal 9.099/95.

9.3. O modelo de justiça criminal adotado no Brasil e os Juizados Especiais

O modelo de justiça criminal adotado no Brasil, marcado mais recentemente pela edição da lei dos crimes hediondos, em 1990, insere-se no contexto de um sistema penal de tendência eminentemente “paleorepressiva”, assinalado por posturas como a de endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal.

O texto da Lei Federal n. 9.099/95 regula, a partir do art. 60, o funcionamento dos Juizados Especiais Criminais, delineando sua

competência e estabelecendo normas penais, processuais e de procedimento, além de cuidar da execução da pena.

Considerando a justiça criminal um subsistema do sistema penal, os Juizados Especiais Criminais representam um novo modelo de justiça criminal, de natureza antes de tudo consensual, cuja finalidade maior e principal seria perseguir soluções pacificadoras, rápidas e eficazes que atendam aos interesses dos diretamente envolvidos no conflito - agente, vítima e sociedade.

A Lei n. 9.099/95, complementada pela lei n. 10.259/01 que instituiu os juizados especiais no âmbito da justiça federal, é aplicável aos delitos tidos como de menor potencial ofensivo, considerados aqueles cuja pena máxima cominada não for superior a dois anos.

Várias são as críticas a essa definição de menor potencial ofensivo, principalmente em virtude de absorver alguns delitos em que há violência, como no caso dos crimes domésticos.

Questiona-se se o critério adotado pela Lei n. 9.099/95 para aplicar a justiça penal consensual é adequado, ou seja, o critério da pena aplicada ao tipo penal infringido. Entende-se que um conceito de direito material, como é o de infração de menor potencial ofensivo, deveria ter atendido a critérios definidos na criminologia e pela vitimologia (dentre eles o bem jurídico tutelado pela norma e a periculosidade do agente), a fim de, conforme o objetivo da lei - atender aos interesses da vítima - viabilizar a justiça consensual para as infrações cuja solução através do consenso sejam suficientes para a solução do conflito.

Ocorre que não é esse procedimento que se observa desde o atendimento prestado à vítima nas Delegacias de Polícia, na falta de cumprimento dos prazos legais e no tratamento que lhe é dispensado nas audiências nos juizados especiais.

Na verdade, a vítima freqüentemente é mal atendida nas Delegacias de polícia, não recebendo o tratamento e encaminhamento devido; as Delegacias não cumprem os prazos para conclusão dos Termos Circunstanciados; os Juizes e Promotores desconhecem o procedimento e na hora de aplicar a reprimenda penal, geralmente estabelecem o pagamento de cestas básicas ínfimas pelo crime praticado.

O resultado é que o sistema, confirmando uma tendência que não é nova, acaba por jogar na vala comum o conflito doméstico, cuja potencialidade lesiva é alta, porque a violência ocorre num âmbito eminentemente privado, costuma aumentar gradativamente de intensidade e é normalmente reiterativa, implicando, no mais das vezes, em constante e crescente risco de vida para a vítima.

Assim, mister que sejam analisados mais profundamente esses aspectos da prática judicial, a fim de salvaguardar os interesses das vítimas de crimes, principalmente dos delitos domésticos e seus direitos humanos fundamentais.

9.4. A Lei n. 10.886/2004

Em maio de 2002, foi sancionado pelo Presidente da República o Projeto de Lei n. 76, de 2001, convertido na Lei n. 10.455/02 que criou o instituto do afastamento cautelar do agressor nos casos de violência doméstica, que foi um grande avanço da legislação brasileira.

Em virtude da necessidade premente e da cobrança da sociedade civil organizada pela tipificação dos crimes intrafamiliares, em 17 de junho de 2004 foi publicada a Lei n. 10.886 que acrescentou parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado Violência doméstica, nos seguintes termos:

Art. 129

Violência Doméstica

§ 9.º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1.º e 3.º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9.º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço)."

A edição desta lei é um marco na história da violência doméstica no Brasil, pois em um passado próximo era ela admitida nas relações conjugais, como no caso da ausência de tipificação do delito de estupro praticado pelo cônjuge.

Porém, a pena aplicada ao delito ainda possibilita a sua inserção entre os delitos considerados de menor potencial ofensivo, em razão de a lei dos Juizados Especiais não distinguir os tipos penais pela sua natureza, mas apenas leva em consideração a pena.

Entendemos que os delitos domésticos em razão dos bens jurídicos atingidos, saúde, integridade física e psíquica e de ser praticados com violência contra a pessoa não poderiam ser considerados de menor potencial ofensivo. Já existe o Projeto de Lei n. 4559/04, tramitando no Congresso Nacional com o intuito de apenar com maior rigor esse delito, estabelecendo procedimento apropriado a sua natureza.

10. Conclusão

Enfrentado e problematizado o tema proposto, apresentados dados estatísticos, conclui-se que a violência doméstica é um delito grave e que acomete centenas de milhares de pessoas em todo o mundo e que no Brasil os dados são alarmantes.

A potencialidade lesiva do conflito doméstico é intensa. A escalada progressiva dessa violência que ocorre dentro de casa vai de um padrão de lesividade menos grave (ameaças e lesões corporais leves) para outro altíssimo, às vezes irreparável (lesões graves, estupro, homicídio). Apesar disso o que se vê é que os delitos domésticos são tratados nas instâncias do sistema penal, em especial pelos Juizados Especiais Criminais, da mesma forma que são tratados conflitos marcados pela eventualidade da relação vítima X autor, como uma briga de vizinhos e um atropelamento no trânsito.

Fato preocupante também é que o aparato da justiça também não está comprometido com a solução do conflito, tampouco Juízes e Promotores estão preparados para prestar um adequado atendimento às vítimas, preocupados, no mais das vezes, com o destino do procedimento e com a celeridade do processo.

Precisamos modificar essa realidade. Conscientizar os atores do atendimento às vítimas de crimes das conseqüências maléficas à sociedade pela prática da violência doméstica e conclamá-los a abraçar essa causa e a se preocupar com os reais interesses da vítima no processo criminal.

É certo que muito pode ser feito para que, sem o desrespeito aos Direitos Fundamentais do réu, possa a vítima ter tratamento digno de seu valor na justiça criminal, satisfazendo suas pretensões e interesses, satisfazendo sua concepção de justiça, o que está diretamente ligado ao retorno do *status quo* anterior ao cometimento da infração e da harmonia tão desejada pela sociedade.

Em que pese ter sido um grande avanço para a política criminal no Brasil a instituição dos Juizados Especiais, algumas críticas podem ser feitas no tocante ao procedimento adotado nos casos de violência doméstica, modo geral no Brasil. As queixas das vítimas são enormes, desde a sua chegada nas Delegacias de Polícias, até a prolação da sentença.

O que se observa é uma falta de habilidade dos atores do atendimento das vítimas da violência doméstica que muitas vezes procuram a justiça após sofrerem agressões por vários anos. Necessitando, assim, não apenas da assistência jurídica, mas, principalmente de um apoio psico-social.

A capacitação ajudaria muito na modificação desta realidade, para que os atores do atendimento das vítimas possam começar a se familiarizar com o tema e entender a gravidade e peculiaridade do problema da violência doméstica a fim de prestar um melhor atendimento à vítima.

Outra questão relevantíssima é a punição estabelecida na audiência nos Juizados Especiais. A determinação do pagamento de cestas básicas é um erro gravíssimo praticado diariamente pelos operadores do direito nos casos de violência doméstica no Brasil, por acabar banalizando o delito cometido. Melhor seria a determinação da prestação de serviço à comunidade, pena educativa e mais eficiente nesses casos.

O Brasil que se quer é o Brasil de todos e para todos, sem exclusões. Um país onde a batalha para a erradicação da pobreza saiba atribuir a necessária prioridade à dimensão de gênero. Um país onde não exista um enorme conjunto de mulheres cuja existência se traduz, no cotidiano, na mais dura imagem da pobreza, da doença, da carência, da marginalização social e da violência. Um país onde não se tolere a violência doméstica.