



Revista Jurídica da UniFil

Junho - nº 1 - 2002



UniFil

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

Órgão de Divulgação Científica do Curso de Direito da UniFil - Centro Universitário Filadélfia

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

Prof. Osmar Vieira da Silva

NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS

Prof. José Valdemar Jaschke

EDITOR DA REVISTA

Prof. Marcos Antônio Striquer Soares

SUPERVISORA EDITORIAL

Prof.^a Érika Juliana Dmitruk

BIBLIOTECÁRIA

Neiva Correa França Nakai

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

Reitor

- Dr. Eleazar Ferreira

Pró-Reitora de Ensino de Graduação

- Prof.^a Vera Lúcia Lemos Basto Echenique

Coordenadora de Controle Acadêmico

- Prof.^a Isabel Barbim

Coordenadora de Ação Acadêmica

- Prof.^a Vera Aparecida de Oliveira Colaço

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

- Prof. Nadir Antonio Sperandio

Coordenador de Projetos Especiais e Assessor do Reitor

- Prof. Reynaldo Camargo Neves

Coordenador de Publicações Científicas

- Prof. Tadeu Elisbão

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

ENTIDADE MANTENEDORA INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA

Diretoria:

Agnello Correa de Castilho	Presidente
Wellington Werner	Diretor Secretário
Lélia Monteiro de Melo Bronzeti	Diretora Vice-Secretária
Alberto Luiz Cândido Wust	Diretor Tesoureiro
José Severino	Diretor Vice Tesoureiro
Eleazar Ferreira	Reitor

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Osmar Vieira da Silva	Prof. José Valdemar Jaschke
Prof. ^a Rozane da Rosa Cachapuz	Prof. César Bueno de Lima
Prof. Everaldo Pinto Conceição	Prof. Ademir Simões
Prof. ^a Maria Cristina Vecili	Prof. ^a Renata Cristina O. Alencar Silva
Prof. Inacio B. de Carvalho Neto	Prof. Antonio Carlos Lovato
Prof. ^a Valkiria Lopes Ferraro	Prof. ^a Maria de Fátima Garbuio Rossetto

CONSELHO CONSULTIVO

Min. José Augusto Delgado (STJ)	Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)
Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)	Prof. ^a Dra. Maria de Fátima Ribeiro (UEL)
Prof. ^a Dra. Giselda Hironaka (USP)	Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)
Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)	Prof. ^a Dra. Jussara S. A. B. N. Ferreira (UEL)

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO

- **Administração** - Prof. Luís Marcelo Martins
- **Arquitetura e Urbanismo** - Prof. Gílson Jacob Bergoc
- **Ciências Biológicas** - Prof. João Antônio Cyrino Zequi
- **Ciências Contábeis** - Prof. Eduardo Nascimento da Costa
 - **Direito** - Prof. Osmar Vieira da Silva
- **Enfermagem** – Prof.^a Dra. Damares Tomasin Biazin
 - **Farmácia** – Prof.^a Dra. Lenita Brunetto Bruniera
 - **Fisioterapia** – Prof.^a Gladys Cely Faker Lavado
 - **Nutrição** – Prof.^a Flávia Hernandez Fernandez
- **Pedagogia** – Prof.^a Marta Regina Furlan de Oliveira
 - **Psicologia** - Prof. João Juliani
- **Secretariado Executivo** – Prof.^a Izabel Fernandes Garcia de Souza
 - **Tecnologia em Proc. de Dados** - Prof. Adail Roberto Nogueira
 - **Teologia** - Prof. Rev. Silas Barbosa Dias
 - **Turismo** - Prof. João dos Santos Filho

Deus quer, o homem sonha, a obra nasce.”

Fernando Pessoa - Portugal

É com grande orgulho e satisfação que a Unifil cumpre mais um importante compromisso firmado junto ao MEC por ocasião do pedido de autorização para a implantação do seu Curso Jurídico em 2001. Da forma como fora proposto no projeto pedagógico, a edição de uma revista jurídica parecia uma pretensão de difícil realização, quase um sonho.

Já naquela época sabíamos do nosso papel em cumprir os misteres previstos na Missão da Instituição, que em sua letra “e” bem demonstra sua vocação para divulgar os conhecimentos acadêmicos desenvolvidos, ao assim frisar: “O Centro Universitário Filadélfia – UniFil, estabelecimento de Ensino Superior mantido pelo Instituto Filadélfia de Londrina, associação civil e religiosa, sem fins lucrativos, tem como missão: promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações e de outras formas de comunicação;”.

Importante meio para a avaliação externa das instituições de ensino é a produção que elas podem colocar à disposição da sociedade e de todos quantos se empenham para o seu desenvolvimento econômico-social, valendo-se do crescimento e do avanço da ciência e da tecnologia. Com efeito, a produção que uma instituição divulga, publica, socializa, certamente será um forte e ponderável indicador para o acompanhamento e avaliação da instituição, do curso e, para os acadêmicos em particular, que, durante o próprio curso, já começam a produzir, como um reflexo da consciência que possuem em relação ao desenvolvimento de suas potencialidades e de seus comprometimentos com o desenvolvimento político, econômico e social.

E a vocação da nossa Instituição reflete-se também sobre o seu curso jurídico que por sua vez se propõe a formar profissionais que deverão ter indispensável comprometimento com a nova ordem política, econômica, social e com seus pluralismos jurídicos, políticos, regionais, axiológicos e antropológicos que caracterizam a contemporaneidade brasileira.

Esse perfil vislumbrado e incessantemente buscado pelo Curso de Direito da Unifil, visa propiciar ao aluno uma autonomia intelectual e um lúcido raciocínio jurídico com características de cientificidade mas, acima de tudo, centrados em uma escala de valores dignificante para a pessoa humana, em todas as vertentes do pluralismo referido.

Em face da heterogeneidade das mudanças sociais, a Unifil pretende formar Bacharéis em Direito adaptáveis e com a suficiente autonomia intelectual e de conhecimento para

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

que se ajustem sempre às necessidades emergentes, revelando adequado raciocínio jurídico, postura ética, senso de justiça e sólida formação humanística.

Nosso desejo, e para isso envidaremos todos os nossos esforços, é que a Revista Jurídica da Unifil se constitua em importante instrumento para a divulgação e socialização da cultura jurídica, com postura reflexiva e visão crítica. A qualidade dos artigos veiculados nesse primeiro número da Revista, a indiscutível capacidade dos nossos docentes, membros do Conselho Editorial e o respeito que gozam os membros do Conselho Consultivo perante a comunidade jurídica e acadêmica nacional, nos permitem antever o sucesso editorial desse órgão de divulgação técnico-científica do Curso de Direito da UniFil.

Dr. Eleazar Ferreira
Reitor

Normas para Publicação

A Revista Jurídica da UniFil é uma publicação anual do Curso de Direito da UniFil. É definida como um espaço de divulgação da produção científica dos docentes da Instituição, bem como de docentes e profissionais de outras Instituições, desde que o teor do trabalho esteja relacionado com as linhas de pesquisa do Curso de Direito, com vistas a fornecer, à comunidade local e regional, diagnósticos de problemas sócio jurídicos que possam contribuir, de alguma maneira, para as políticas jurídicas nas esferas administrativas mais amplas. Os originais, encaminhados para publicação, devem obedecer às seguintes normas:

1 - Estar consoantes com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil, quais sejam: a) Teorias do Direito, do Estado e da Cidadania; b) Dogmática Jurídica, desenvolvimento e responsabilidade social.

2 - Além de artigos científicos originais, também serão publicadas resenhas, que devem conter apreciação crítica do autor, não podendo ser meros resumos.

3 - Os artigos científicos deverão ocupar entre 10 e 20 laudas; as resenhas, até 10 laudas.

4- O material deverá ser enviado ao editor em disquete de 3,5 polegadas, acompanhado de prova impressa. Como fonte, deve-se usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinhas com espaçamento de 1,5; as margens superior e inferior devem ser iguais a 2,5cm. E as laterais a 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.

5 - Os artigos deverão apresentar um breve resumo em português (10 linhas no máximo) e abstract em inglês, bem como as palavras-chave e os keywords. O texto deverá ser precedido de um sumário, no qual constem os itens de desenvolvimento do trabalho, com até 3 dígitos.

6 - As resenhas deverão conter na abertura um breve relato da obra resenhada, a título de introdução.

7 - Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) As citações devem ser feitas, preferencialmente, pelo sistema numérico, em rodapé, onde as referências são numeradas consecutivamente, em ordem crescente, correspondentemente à ordem de citação no texto;
- b) Não devem ser incluídas referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado deverá figurar em nota de rodapé; o autor que o citou, deverá ser explicitado na lista de referências bibliográficas.

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

c) A bibliografia completa deverá figurar ao final do artigo, organizada segundo a ordem alfabética dos nomes dos autores principais.

8 - Na página inicial deverá ser indicado, através de uma chamada de asterisco, em nota de rodapé, a qualificação técnico-profissional do(s) autor(es) do trabalho, bem como o E-mail do autor ou do coautor que poderá ser contatado pelo público leitor em caso de interesse.

9 - As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor, acompanhadas de uma carta em anexo contendo a autorização para publicação, na qual o autor se responsabilize inteiramente pelo teor do seu trabalho e pelas ideias ali expostas.

10 - A publicação de um trabalho encaminhado à Revista dependerá da observância das normas acima fixadas, da apreciação por parte do Conselho Editorial e também dos pareceres emitidos pelos Consultores. Serão selecionados para cada número da Revista os artigos que tragam um tema de relevância e atualidade, desde que também estejam em conformidade com as linhas de pesquisa do Curso de Direito da UniFil.

11 - Os trabalhos que não se adequarem às normas aqui explicitadas serão devolvidos a seus autores, que poderão reencaminhá-los, desde que sejam efetuadas as modificações necessárias.

SUMÁRIO

- **UMA REFLEXÃO SOBRE O ENSINO JURÍDICO.**
Osmar Vieira da Silva
- **CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA DA CULPA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO**
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
- **DISCRICIONARIEDADE NA ATIVIDADE TÍPICA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E DO LEGISLADOR**
Márcia Regina Pitta Lopes Aquino
- **O DEBATE BIOÉTICO NO DIREITO**
Tereza Rodrigues Vieira
- **DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Aspectos Jurídicos e Econômicos**
Ana Claudia Duarte Pinheiro
- **A MEDIAÇÃO COMO FACILITADORA DO ACESSO À JUSTIÇA E AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**
Deborah Lídia Lobo Muniz
- **O QUE É O DIREITO? Uma análise a partir de Hart e Dworkin**
Erika Juliana Dmitruk
- **REQUISITOS AUTORIZADORES DA DECLARAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**
Fernando Marco Rodrigues de Lima
- **A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL**
Inacio de Carvalho Neto
- **CIDADANIA E JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS**
João Luiz Martins Esteves
- **ANÁLISE CRÍTICA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO**
Luciana Mendes Pereira Roberto
- **DIREITO COMUNITÁRIO NA UNIÃO EUROPÉIA**
Rozane da Rosa Cachapuz

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano I – nº 1 – 2004

ISSN 1087-1627

- **HANS KELSEN E O NEOPOSITIVISMO LÓGICO: ASPECTOS DE UMA TEORIA DESCRITIVA DA CIÊNCIA DO DIREITO**
Vitor Hugo Nicastro Honesko
- **AUTONOMIA DA VONTADE E O DIRIGISMO ESTATAL NOS CONTRATOS**
Francisco Carlos Malosá Júnior, Rafael de Souza Silva
- **A MEDIAÇÃO COMO ARTIFÍCIO DIRIMENTE DO TRAUMÁTICO PROCESSO DA DISSOLUÇÃO FAMILIAR**
Gustavo Crivari

RESENHAS

- **RESENHA BIBLIOGRÁFICA DA OBRA “NOVOS PERFIS DO DIREITO CONTRATUAL” (Paulo Neves Soto)**
Roberto Wagner Marquesi
- **SISTEMA JURÍDICO E TEORIA GERAL DOS SISTEMAS – AULAS DO PROFESSOR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR NOS DIAS 12, 14 E 16/03/73 – APOSTILA DO “CURSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA” DA ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO**
Marcos Antônio Striquer Soares



EDITORIAL

“Deus quer, o homem sonha, a obra nasce.”

Fernando Pessoa - Portugal

É com grande orgulho e satisfação que a Unifil cumpre mais um importante compromisso firmado junto ao MEC por ocasião do pedido de autorização para a implantação do seu Curso Jurídico em 2001. Da forma como fora proposto no projeto pedagógico, a edição de uma revista jurídica parecia uma pretensão de difícil realização, quase um sonho.

Já naquela época sabíamos do nosso papel em cumprir os misteres previstos na Missão da Instituição, que em sua letra “e” bem demonstra sua vocação para divulgar os conhecimentos acadêmicos desenvolvidos, ao assim frisar: “O Centro Universitário Filadelfia – UniFil, estabelecimento de Ensino Superior mantido pelo Instituto Filadélfia de Londrina, associação civil e religiosa, sem fins lucrativos, tem como missão: *promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações e de outras formas de comunicação;*”.

Importante meio para a avaliação externa das instituições de ensino é a produção que elas podem colocar à disposição da sociedade e de todos quantos se empenham para o seu desenvolvimento econômico-social, valendo-se do crescimento e do avanço da ciência e da tecnologia. Com efeito, a produção que uma instituição divulga, publica, socializa, certamente será um forte e ponderável indicador para o acompanhamento e avaliação da instituição, do curso e, para os acadêmicos em particular, que, durante o próprio curso, já começam a produzir, como um reflexo da consciência que possuem em relação ao desenvolvimento de suas potencialidades e de seus comprometimentos com o desenvolvimento político, econômico e social.

E a vocação da nossa Instituição reflete-se também sobre o seu curso jurídico que por sua vez se propõe a formar profissionais que deverão ter indispensável comprometimento com a nova ordem política, econômica, social e com seus pluralismos jurídicos, políticos, regionais, axiológicos e antropológicos que caracterizam a contemporaneidade brasileira.

Esse perfil vislumbrado e incessantemente buscado pelo Curso de Direito da Unifil, visa propiciar ao aluno uma autonomia intelectual e um lúcido raciocínio jurídico com características de cientificidade mas, acima de tudo, centrados em uma escala de valores dignificante para a pessoa humana, em todas as vertentes do pluralismo referido.

Em face da heterogeneidade das mudanças sociais, a Unifil pretende formar Bacharéis em Direito adaptáveis e com a suficiente autonomia intelectual e de conhecimento para que se ajustem sempre às necessidades emergentes, revelando adequado raciocínio jurídico, postura ética, senso de justiça e sólida formação humanística.

Nosso desejo, e para isso envidaremos todos os nossos esforços, é que a Revista Jurídica da Unifil se constitua em importante instrumento para a divulgação e socialização da cultura jurídica, com postura reflexiva e visão crítica. A qualidade dos artigos veiculados nesse primeiro número da Revista, a indiscutível capacidade dos nossos docentes, membros do Conselho Editorial e o respeito que gozam os membros do Conselho Consultivo perante a comunidade jurídica e acadêmica nacional, nos permitem antever o sucesso editorial desse órgão de divulgação técnico-científica do Curso de Direito da UniFil.

*Dr. Eleazar Ferreira
Reitor*



UMA REFLEXÃO SOBRE O ENSINO JURÍDICO

*Osmar Vieira da Silva**

SUMÁRIO:

Intróito. 1. O Ensino Reproduzido. 2. Não Basta Ensinar somente o Direito. 3. Possíveis Soluções para o Estudo do Direito. 4. O Ensino Crítico Responsável. 5. Por uma Concepção Ética do Direito. 6. A Importância do Legado Cultural da Humanidade. Conclusões. Referências Bibliográficas.

RESUMO:

O presente artigo tem como finalidade abordar a metodologia do ensino jurídico, que objetiva a acumulação de informações e é comumente ministrada através de aulas expositivas pelo método da argumentação jurídica dedutiva e traz considerações acerca de algumas inovações, como a utilização de um sistema misto, com elementos dedutivos e indutivos, além de estudos humanísticos em outras ciências que dão suporte ao Direito, e um ensino crítico, prudente e responsável, diante das exigências dinâmicas da vida social.

PALAVRAS-CHAVE: Metodologia; Ensino; Dedutivo; Indutivo; Crítico; Saber Clássico.

* Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia - UniFil.

Mestre em Direito Negocial pela UEL – Universidade Estadual de Londrina.

Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

E-mail: osmar@filadelfia.br



ABSTRACT:

This article has as purpose to approach the methodology of the legal education that aims the storage of information that is commonly taught through expositive lessons for the method of the deductive legal argument and brings considerations about some innovations as the use of a mixing system, with deductive and inductive elements, besides humanistic studies in other applied sciences that give support to the Law, and a critical, cautious and responsible education in the face of dynamic requirements of the social life.

Intróito

Em nossa formação jurídica, aprendemos que é mais importante conhecer as leis sancionadas pelo poder público e pela jurisprudência dos tribunais (que servem para regulamentar e legitimar os interesses de toda uma tradição jurídica), do que conhecer a realidade socioeconômica em que se vive. E, com isso, não se conhece a existência de um outro Direito fora das normas positivas, que se assenta em pressupostos que se baseiam nas condições históricas e nas práticas cotidianas emergentes.

A formação dos operadores do Direito foi, e continua sendo, marcada por uma visão exclusivamente do ângulo dogmático-normativo, que os conduzem ao legalismo. Essa concepção do Direito como ciência dogmático-normativa se afasta da realidade, para habitar um mundo de abstrações que, muitas vezes, se choca com a justiça, levando a sentenças ou a outras decisões que afirmam valores dissociados dos valores do grupo a que o procedimento jurídico se dirige.

No presente artigo, procuraremos refletir sobre a metodologia do ensino jurídico que mais comumente objetiva a acumulação de informações e é freqüentemente ministrada através de aulas expositivas pelo método da argumentação jurídica dedutiva. Também iremos tecer considerações acerca de algumas propostas doutrinárias, como a utilização de um sistema misto, com elementos dedutivos e indutivos, bem como, sobre a importância dos estudos humanísticos em outras ciências que dão suporte ao Direito e, também, quanto à necessidade de um ensino jurídico crítico, prudente e responsável diante de exigências dinâmicas da vida social, sem prescindir do legado cultural da humanidade.

1. O Ensino Reproduzido

O ensino do Direito nada mais faz do que acumular informações¹. É caracterizado pela transmissão da cultura jurídica positiva, cujo tradicional processo didático-pedagógico consiste na arte da exposição: nada mais do que uma forma de oratória, na qual a metodologia de ensino predominante é a aula expositiva e o código comentado. É um simplificador que busca a racionalização e não a racionalidade² da realidade. Mas esta é uma característica do ensino em geral, fartamente denunciada por Pierre Bourdieu.³

¹FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O ensino jurídico**. Encontros da UnB: ensino jurídico. Brasília, 1979, p.70. “Nestes termos a formação do bacharel é entendida como uma acumulação progressiva de informações, limitando-se o aprendizado a uma reprodução de teorias que parecem desvinculadas da prática (embora não sejam), ao lado de esquemas prontos de especialidade duvidosa, que vão se repetir na imagem atual do profissional como um técnico a serviço de técnicos.”

²MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez, 2001, p.23.

“A racionalidade é a melhor proteção contra o erro e a ilusão. Por um lado, existe a racionalidade construtiva que elabora teorias coerentes, verificando o caráter lógico da organização teórica, a compatibilidade entre as idéias que compõem a teoria, a concordância entre suas asserções e os dados empíricos aos quais se aplica: tal racionalidade deve permanecer aberta ao que a contesta, para evitar que se feche em doutrina e se converta em racionalização; por outro lado, há a racionalidade crítica exercida particularmente sobre os erros e ilusões das crenças, doutrinas e teorias. Mas a racionalidade traz também em seu seio uma possibilidade de erro e de ilusão quando se perverte, como acabamos de indicar, em racionalização. A racionalização se crê racional porque constitui um sistema lógico perfeito, fundamentado na dedução ou na indução, mas fundamenta-se em bases mutiladas ou falsas ou nega-se à contestação de argumentos e à verificação empírica. A racionalização é fechada, a racionalidade é aberta. A racionalização nutre-se das mesmas fontes que a racionalidade, mas constitui uma das fontes mais poderosas de erros e ilusões. Dessa maneira, **uma doutrina que obedece a um modelo mecanicista e determinista para considerar o mundo, não é racional, mas racionalizadora. A verdadeira racionalidade, aberta por natureza, dialoga com o real que lhe resiste**. Opera o ir e vir incessante entre a instância lógica e a instância empírica; é o fruto do debate argumentado das idéias, e não a propriedade de um sistema de idéias. **O racionalismo que ignora os seres, a subjetividade, a afetividade e a vida, é irracional. A racionalidade deve reconhecer a parte de afeto, de amor e de arrependimento. A verdadeira racionalidade conhece os limites da lógica, do determinismo e do mecanicismo; sabe que a mente humana não poderia ser onisciente e que a realidade comporta mistério**. Negocia com a irracionalidade, o obscuro, o irracionalizável. É, não só crítica, mas autocrítica. Reconhece-se a verdadeira racionalidade pela capacidade de identificar suas insuficiências. A racionalidade não é uma qualidade da qual são dotadas as mentes dos cientistas e técnicos e de que são desprovidos os demais. Os sábios atomistas, racionais em sua área de competência e sob a coação do laboratório, podem ser completamente irracionais em política ou na vida privada”.

³BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Rio de Janeiro: Falves, 1982. passan.

Se a aula tiver que ser necessariamente ministrada de forma expositiva, alguns cuidados precisam ser tomados, como se verifica na metodologia didático-pedagógica de exposição dialogada proposta pela professora Célia Cazaux Haidt.⁴ Ainda, sobre o método expositivo, a apresentação estruturada de forma lógica e a inserção de juízos de valor são imprescindíveis, segundo a lição de Eduardo de Oliveira Leite.⁵

Por sua vez, a argumentação jurídica dedutiva, em que a premissa maior é a norma jurídica, a premissa menor é o fato, e a conclusão é a solução de direito para o caso concreto, é um dos principais métodos utilizados no ensino jurídico. Contudo, não se pode reduzir todo raciocínio jurídico à dedução, uma vez que a própria escolha das premissas do raciocínio dedutivo implica em valoração e outras considerações relativas às circunstâncias concretas de cada caso.

Pedro Demo⁶, valorizando a argumentação jurídica, diz que é preciso “saber pensar”. Enfatiza que saber pensar auxilia a constituição autônoma dos indivíduos, para que estes possam reconhecer-se como sujeitos sociais. Defende, no lugar da lógica linear dominante, seja a dialética, utilizada como instrumento de captação da realidade, com toda complexidade a ela inerente.

Ademais, outra necessidade premente é a de saber aprender, que abrange capacidade crítica e criativa do sujeito com relação ao conhecimento. Não deve existir espaço para a mera repetição do pré-existente.

Na Alemanha, apesar de – como todos os outros sistemas romano-germânicos – empregar-se o método dedutivo, é utilizado um sistema misto, com elementos dedutivos e indutivos. Neste sistema, nas aulas usa-se muito o *caso*, tanto o abstrato, construído hipoteticamente, quanto o concreto, extraído da vida forense⁷.

Mas não somente o estudo através de casos deve ser valorizado, precisamos revalorizar a pesquisa, resgatando a prática conjunta entre professores e alunos.

⁴HAIDT, Célia Cazaux. **Curso de Didática Geral**. Ática: São Paulo, 1995, p.154. “Na exposição dogmática o professor assume uma posição dominante, enquanto o aluno se mantém passivo e receptivo. Por outro lado, na exposição aberta ou dialogada, o professor dialoga com a classe, ouvindo o que o aluno tem a dizer, fazendo perguntas e respondendo às dúvidas dos alunos.”

⁵LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Aula em Direito*. **Revista TABULAE**. Universidade Federal de Juiz de Fora, nº 15, ano XXI, Juiz de Fora, 1987, p.87. “A aula expositiva, porém, contrariamente ao que se imagina, não é um mero exercício de erudição no qual o professor se encanta com suas façanhas oratórias. O método expositivo requer grande preparo por parte do professor, já que o tema obedece à apresentação logicamente estruturada, que acarreta juízos de valor na apreciação do conteúdo e na forma de exposição.”

⁶DEMO, Pedro. **Saber pensar**. São Paulo: Cortez, 2000, p.32.

⁷ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos – Teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.30. “No ensino jurídico, os sistemas romanos em geral preferem o método dedutivo, em que o professor apresenta o sistema doutrinário aos alunos. Tal opção pode ter a desvantagem de dificultar a aprendizagem do aluno por causa da maior abstração que o distingue.”

2. Não Basta Ensinar somente o Direito

O Direito que se ensina aparece como um dos instrumentos que, dentro de uma sociedade plural, complexa e em crise, omite e encobre as diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais existentes. Ou seja, o Direito é utilizado para legitimar, por meio de normas positivas e de procedimentos formais, embasados retoricamente na igualdade, a existência de uma sociedade desigual, injusta e autoritária. Mas ele pode ser mais do que isso, pode ser instrumento de reforma e conquista de cidadania. Tudo isto dependerá da maneira como for ensinado e aprendido.

O ensino do Direito deve ser algo mais do que expor informações em torno das várias disciplinas. É, sobretudo, despertar a consciência jurídica, mas não pelo conhecimento do Direito abstrato, dogmático, a-histórico, ineficiente, desconectado da realidade social na qual vai ser utilizado, e sim pelo conhecimento de um novo Direito, contextualizado, em consonância com a sociedade concretamente existente, a fim de propiciar as condições e os pressupostos necessários para um conhecimento jurídico realmente crítico, que não só faça a análise da legalidade e da validade das normas, mas que, também, discuta e critique a sua eficácia e a sua legitimidade.

Para João Ribeiro Júnior⁸, não basta ensinar o Direito, pois aquele que só sabe o Direito nem o Direito saberá bem! É que o Direito, como ciência humana, social, exige da parte de quem o estuda uma visão ampla de todo o campo das relações humanas, o que significa dizer, uma sólida formação humanística.

Ao professor de Direito cumpre, pois, atribuir ao seu magistério uma dimensão ainda mais ampla, de forma que a ciência jurídica que ministra se inspire na moldura do conhecimento geral, concebido este não como ornamento, mas como forma de enriquecer espiritualmente o Homem.

Com a contextualização das normas jurídicas poder-se-á demonstrar através do magistério, que o Direito é fruto de embates sociais, e que pode servir como instrumento de justiça social.

Conscientizar os alunos de Direito para os estudos humanísticos, destacar a importância da história, da filosofia, da lógica, da psicologia, da criminologia, da antropologia e da sociologia para o estudo do Direito, não somente como um conhecimento apenas erudito, mas como conhecimento transformador da sua forma de agir no mundo jurídico. Eis uma outra missão de quem ensina a ciência jurídica.

⁸ RIBEIRO JÚNIOR, João. *A formação pedagógica do professor de Direito*. São Paulo: Papyrus, 2001, p.54.

3. Possíveis Soluções para o Estudo do Direito

A nossa experiência demonstra que não encontraremos a solução para o estudo do Direito com uma postura exclusivamente positivista. Esta, como afirma Roberto Lyra Filho, “... se concretiza na visão do Direito como ordem de controles sociais: é estático, em qualquer das suas fórmulas, pois, com toda flexibilidade que se atribui à hermenêutica e à aplicação das normas, ou ainda por mais que corra no encaço de novas ordens, capta-as, sempre, quando já passaram à fase da estrutura implantada. O limite é o marco normativo, que o Estado ou, diretamente, a ordem social que ele representa, institui e reflete-se no espírito dos aplicadores do Direito.”⁹ Como já afirmamos¹⁰, a legislação nem sempre se desenvolve no mesmo ritmo que a sociedade que ela regulamenta, de tal modo que esperar uma solução legal para as diversas situações vividas, seria coadunar com a injustiça legitimada por uma lei estática.

O positivismo jurídico, que se apresenta cotidianamente por meio de formas peculiares, é fonte de uma distorção do pensamento jurídico que se revela como mentalidade dominante no meio universitário jurídico, levando à formação de operadores do Direito despreocupados com a dimensão humanística do conhecimento. No fundo, ensina-se o conhecimento instrumental do Direito, num formalismo estéril.

Ocorreram progressos gigantescos nos conhecimentos, no âmbito das especializações disciplinares, durante o século XX. Porém, estes progressos estão dispersos, desunidos, devido justamente à especialização que, muitas vezes, fragmenta os contextos, as globalidades e as complexidades. Por isso, enormes obstáculos somam-se para impedir o exercício do conhecimento no próprio seio de nossos sistemas de ensino.

Estes sistemas provocam a disjunção entre as humanidades e as ciências, assim como a separação das ciências em disciplinas hiperespecializadas, fechadas em si mesmas.

Segundo Edgar Morin,¹¹ as realidades globais e complexas fragmentam-se; o humano desloca-se; sua dimensão biológica, inclusive o cérebro, é encerrada nos departamentos de biologia; suas dimensões psíquica, social, religiosa e econômica são ao mesmo tempo relegadas e separadas umas das outras nos departamentos de ciências humanas; seus caracteres subjetivos, existenciais e poéticos encontram-se confinados nos departamentos de literatura e poesia. A filosofia, que é por natureza a reflexão sobre qualquer problema humano, tornou-se, por sua vez, um campo fechado sobre si mesmo.

⁹ LYRA FILHO, Roberto. **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Obreira, 1981, p.30.

¹⁰ SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.09.

¹¹ **Op. cit.** p.40.

Os problemas fundamentais e os problemas globais estão ausentes das ciências disciplinares. São salvaguardados apenas na filosofia, mas deixam de ser nutridos pelos aportes das ciências.

Nestas condições, as mentes formadas por disciplinas estanques perdem suas aptidões naturais para contextualizar os saberes, do mesmo modo que para integrá-los em seus conjuntos naturais. O enfraquecimento da percepção do global conduz ao enfraquecimento da responsabilidade (cada qual tende a ser responsável apenas por sua tarefa especializada), assim como ao enfraquecimento da solidariedade (cada qual não mais sente os vínculos com seus concidadãos). Este movimento de especialização extrema precisa ser revisto, uma vez que uma informação bastante aprofundada de uma parte pode trazer sérias conseqüências para o todo, caso não seja contextualizada.

Além dessa conscientização do conhecimento do Homem por inteiro, o professor deve organizar o seu trabalho didático-pedagógico, podendo até fazer uso das aulas expositivas, mas visando sempre a participação e o envolvimento do aluno (expositiva-dialogada). Este, em seu papel ativo, deve ser provocado a observar, experimentar, comparar, relacionar, analisar, justapor, compor, encaixar, levantar hipóteses e argumentar, entre outras ações.

Isso nada mais é do que o resgate do direito do aluno de poder pensar e participar, sendo o professor o estimulador dessa ação reflexiva.

4. O Ensino Crítico Responsável

Entendemos que o ensino do Direito deva ser eminentemente crítico, de modo que o estudante tenha condições de examinar uma determinada realidade a fim de emitir a sua opinião. Decorar trechos de livros não o levará a nada, salvo a uma demonstração da capacidade de memorização, o que é muito pouco para quem pretende ter uma visão crítica daquilo que estuda nos bancos escolares. Para Bloom¹², “...o conhecimento se dá em 5 níveis: nível 1 – conheço o texto e posso repeti-lo; nível 2 – compreendo o texto; nível 3 – posso aplicar os conceitos; nível 4 – analiso; nível 5 – posso fazer a síntese”. Se os estudantes sempre receberem tudo pronto, ficarão paralisados nos níveis 1 ou 2.

O professor deverá fazer ver aos alunos que ele não poderá meter nada na cabeça deles, exceto aquilo que eles mesmos deliberarem absorver. A absorção, entretanto, não pode ser feita sem critérios.

¹² BLOOM *apud*: HULSMAN, Lowk & BERNAT, Jacqueline. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**. 1.ed. Trad. Maria Lúcia Karan. Ed. Luam, s/d. p.25.

Ter consciência crítica não significa ser imprudente e irresponsável. De fato, estudantes sem um conhecimento mínimo de determinado assunto pretendem ter condições teóricas capazes de permitir uma dissertação e uma crítica aceitáveis. Não é bem assim. Criticar determinado saber supõe, no mínimo, que o crítico conheça aquilo que está criticando. Por exemplo, se o estudante não conhece satisfatoriamente a doutrina de Kelsen, como poderá ele dizer que o normativismo kelseniano é equivocado, é ontologicamente lacunoso? Tais afirmações somente poderão ser feitas por quem tenha visitado a obra de Kelsen.

Ainda, com relação à suposta imprudência e irresponsabilidade que permeiam a crítica, José Souto Maior Borges¹³ afirma que não se deve confundir a imprudência com a ousadia intelectual, sendo essa absolutamente legítima.

5. Por uma Concepção Ética do Direito

A teoria pura do Direito busca conhecer o seu objeto, ou seja, a norma jurídica que expressa um *dever ser*, traduzindo uma conduta de um indivíduo diante de determinadas situações. Nesse mundo do *dever ser* predomina o princípio da imputabilidade, isto é, à prática de um ato é sempre atribuída uma consequência.

O Direito, contudo, é um fato social. Além de ser um conjunto de significações normativas é também um conjunto de fenômenos que se dão na vida social. O que interessa é o que o Direito é, e não aquilo que, hipoteticamente, *deveria ser*. Ou melhor, segundo Lyra Filho, descobrir que o Direito não é uma realidade pronta e acabada, descobrir que ele é *sendo*.¹⁴

Para Salvatore Satta, o ponto de partida deverá ser o dado moral “homem” – é sempre o homem – o qual mantém a sua originária soberania perante o Estado e de cuja atividade, através do exercício constitucional da ação, depende a produção jurídica.¹⁵

O Direito deverá ser ensinado não como uma ciência dogmático-normativa que se afasta da realidade, vivendo no mundo ideal das abstrações jurídicas, que, muitas vezes, afasta-se da justiça, mas, sim, como real vivificador das leis e dos códigos, dando novos rumos à jurisprudência perante exigências dinâmicas da vida social.

¹³BORGES, José Souto Maior. **Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos**. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994, p.61. “Toda pedagogia consequente deveria incentivar os jovens amigos da ciência a revolucionar o pensamento. Será incensurável essa vocação para a grandeza, porque estimula uma ambição absolutamente legítima: a ambição intelectual. Ambição que não se contrapõe à desambição do estudioso relativamente a bens materiais. A ousadia intelectual não é imprudência. É uma virtude teórica, uma categoria científico-metodológica fundamental. Mas ela cobra um preço, o de conviver com o erro.”

¹⁴ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** Coleção Primeiros Passos. Ed. Brasiliense, 1981, passan.

¹⁵ SATTÀ, Savatore. **Direito Processual Civil**. v.I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p.09.

Segundo Herkenhoff,

“... no mundo moderno é viável e indispensável defender uma concepção ética do Direito. Será preciso compreender, de início, que vivemos um tempo de pluralismo cultural. Esse pluralismo cultural exige respeito recíproco entre as diversas culturas humanas. Pede a busca de diálogo e enriquecimento mútuo na troca de experiências e perspectivas. A concepção ética do Direito deve provir do próprio pluralismo, sem dogmatismo, antropológicamente.”¹⁶

6. A Importância do Legado Cultural da Humanidade

Considerando que as idéias até aqui esposadas, coincidem com a concepção curricular denominada de Reconstrução Social, à qual se atribui a tarefa de contribuir com uma educação que postule a transformação da ordem social vigente, entendemos como Consuelo de Menezes Garcia¹⁷, para quem o corpo de conhecimentos transmissíveis se apoiaria no conjunto de situações problemáticas próprias da vida sócio-política, sendo que essas emergiriam das circunstâncias vivenciadas pelo aluno na sua comunidade, como reflexo das interações humanas no mundo atual, instável e em constante mutação.

Para Eduardo Ayala¹⁸, é evidente que essa concepção propende a subordinar, de certa maneira, o saber clássico, o conhecimento acumulado e sistematizado, a exigências presentistas que emanam da realidade social e natural imediatas, atuais. Ayala não discute o valor das boas intenções desta tendência, ou seja, a denúncia da cotidianidade de injustiças, inscrita na própria essência do modo de produção capitalista. Ele questiona que o papel substantivo da educação não é apenas esse. Esse papel consiste, também, em valorizar e transmitir o legado cultural da humanidade para o aluno, porque o saber clássico é aquilo que resistiu ao tempo; logo, a sua validade extrapola o momento em que ele foi proposto.

¹⁶ HERKENHOFF, João Batista. **Para gostar do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.24.

¹⁷GARCIA, Consuelo de Menezes. **Currículo: concepção contemporânea e uma orientação**. São Paulo: Didática, 1985, p.33.

¹⁸AYALA, Eduardo. **Concepção transformadora de currículo: uma revisão de literatura**. Santa Maria: UFSM, 1996, p.20.

O que não é por nós negado. Apenas asseveramos que o saber erudito, os conhecimentos dos clássicos devem inspirar as reflexões atuais sobre injustiça, por exemplo. Afinal, se tivéssemos estudado com cuidado “A República” de Platão, verificaríamos que o grande filósofo já nos alertava para o fato de que aquele que mais ganha em uma sociedade, não pode ganhar mais que dez vezes do que o que ganha menos, se o objetivo for uma sociedade que subsista ao tempo.

É indiscutível que, atualmente, reconhecamos e valorizamos elementos que foram elaborados pela cultura greco-romana, da mesma forma que Descartes é um clássico da filosofia moderna. Aqui, o clássico não se identifica como o antigo, porque um contemporâneo também pode ser considerado como um clássico da literatura universal, como Dostoiévski, por exemplo.

Nesse sentido conclui Ayala¹⁹ que o saber chamado “clássico”, por conseguinte, é componente essencial dos currículos escolares; ele é produto da contradição das relações de poder. A sua dialeticidade é inegável na medida em que a circunstância que o originou advêm do antagonismo da sociedade de classes.

Conclusões

A melhor didática há de se basear na revisão de conjunto, do que é o Direito, desvinculando-o da idéia positivista que reduz a um direito positivado pelo Estado. A ciência do Direito deve ser estudada em um sistema integrado e complexo, e não como uma coleção de disciplinas e setores desconectados, pois, como as ações individuais só podem ser plenamente compreendidas em relação ao contexto social do todo, o Direito deve ser abordado holisticamente.

O que importa observar, principalmente, é que a escolha do método significa uma postura política. Esse fato é, não raro escamoteado pelo princípio da neutralidade científica que, no caso do conhecimento jurídico, tem servido, sobretudo, ao positivismo. Escudado pela objetividade e pela isenção dos recursos da lógica formal, essa doutrina jurídica traz embutida uma importante ideologia, responsável em última análise, por uma visão social extremamente conservadora, que preserva a alienação feliz e a reprodutividade satisfeita.

Mesmo as abordagens sociológicas mais comuns no estudo da hermenêutica jurídica são demasiado teóricas. Isso se deve à falta de uma base mais sólida de conhecimento da realidade social brasileira, que só a pesquisa aplicada e a extensão podem proporcionar.

¹⁹ Op. cit., p.23.



A qualidade na universidade deve primar pela construção de uma cultura voltada para novas formas de produção de conhecimentos, para o questionamento ético da prática científica, pela valorização das pessoas como indivíduos e como seres sociais e coletivos e deve ainda promover, na sociedade, valores como justiça, solidariedade e respeito pelas diferenças individuais e coletivas e, também, de reconhecimento e valorização do legado cultural da humanidade, sob a óptica de que o saber clássico é aquilo que resistiu ao tempo, logo sua validade extrapola o momento em que ele foi proposto.

Ensinar é um ato complexo que não pode ser captado apenas à luz de regras técnicas. Existe um lado docente que se assemelha ao sacerdócio, sendo, portanto, de índole espiritual. Não se ensina apenas e tão somente em troca de uma remuneração. Ensina-se por amor ao ensino, por amor ao próximo e também para sobreviver dignamente.

Concluimos, tomando de empréstimo a feliz análise de Facury Scaff²⁰, segundo a qual, se cada um de nós não fizer algo para melhorar o atual estado de coisas, tudo ficará como está. Talvez ainda pior. Aprender, ensinar, amar e viver sem saber, são ações que não devemos permitir que aconteçam, principalmente por falta de reflexão.

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Os novos bacharéis em Direito no Brasil no início do século XXI – primeiras considerações*. SCIENTIA IURIS - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: Ed. UEL, 2000, p.169.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AYALA, Eduardo. *Concepção transformadora de currículo: uma revisão de literatura*. Santa Maria: UFSM, 1996.
- BLOOM *apud*: HULSMAN, Lowk & BERNAT, Jacqueline. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. 1.ed. Trad. Maria Lúcia Karan. Ed. Luam, s/d.
- BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Falves, 1982.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.
- DEMO, Pedro. *Saber pensar*. São Paulo: Cortez, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O ensino jurídico*. Encontros da UnB: ensino jurídico. Brasília, 1979.
- GARCIA, Consuelo de Menezes. *Currículo: concepção contemporânea e uma orientação*. São Paulo: Didática, 1985.
- HAIDT, Célia Cazaux. *Curso de Didática Geral*. São Paulo: Ática, 1995.
- HERKENHOFF, João Batista. *Para gostar do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A Aula em Direito. **Revista TABULAE**. Universidade Federal de Juiz de Fora, nº 15, ano XXI, Juiz de Fora, 1987.
- LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira, 1981.
- _____ *O que é Direito?* Coleção Primeiros Passos. Ed. Brasiliense, 1981.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2001.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. *A formação pedagógica do professor de Direito*. São Paulo: Papyrus, 2001.
- SATTA, Savattore. *Direito Processual Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- SCAFF, Fernando Facury. Os novos bacharéis em Direito no Brasil no início do século XXI – primeiras considerações. *SCIENTIA IURIS - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina: Ed. UEL, 2000.
- SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos – Teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA DA CULPA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO¹

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

Sumário:

1. Primeiras considerações; 2. A obrigação médico-paciente na cirurgia plástica: meio ou resultado? 2.1. Relação crédito-débito; 2.2. Exames e tratativas contratuais; 2.3. Formação do contrato; 2.4. Execução do pactuado: a cirurgia; 2.5. Descumprimento ou cumprimento defeituoso; 2.6. Conseqüências eventuais: a responsabilidade civil; 3. A culpa e sua prova; 3.1. A culpa do médico provada pelo paciente; 3.2. A lei presumindo a culpa do médico; 3.3. O médico provando a sua não-culpa.

1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Honra-me sobremaneira estar aqui hoje, diante de tão ilustre auditório, formado por profissionais da área de saúde, uma área tão diversa da minha, que é a área jurídica, mas que com ela interage e guarda algumas estreitas relações.

Lembro-me, com certa saudade, das aulas de Medicina Legal, às quais todos nós, os estudantes de Direito, devemos assistir, alguns com certo dissabor, outros com inocultável prazer. Conta a lenda, que na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a Escola de onde venho, uma frase era ouvida nesta Cadeira, pela voz do sempre lembrado professor Almeida Júnior: “*O especialista*”, dizia ele, “... *é aquele que sabe cada vez mais, sobre cada vez menos, até que chega o momento em que ele sabe quase tudo, sobre quase nada.*”

*Doutora e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professora Associada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Palestra proferida no VII Radesp – Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), em 30 de novembro de 2002, promovida pela Sociedade Brasileira de Dermatologia – Regional São Paulo.

Consideração tão curiosa e engraçada quanto intrigante e preocupante, sem dúvida. Mas a verdade reside, atualmente, no fato de que estamos fazendo o percurso ao contrário, quer dizer, “o momento histórico que o novo século descortina se antepõe ao modelo anterior, vivenciado especialmente no século XX e caracterizado pela pulverização do trabalho intelectual, pela fragmentação do conhecimento e pela predominância das especializações. Esse perfil de condução e tratamento dos saberes, avesso à agora tão buscada interdisciplinaridade, certamente não podia sobreviver indefinidamente, tendo em vista que a excessiva desarticulação, fruto da racionalidade da revolução industrial, como apontam os cientistas sociais, promoveu um engessamento tão sufocante que se tornou insustentável não intentar a quebra dos grilhões.

A ausência de interação das áreas do saber provocou, conseqüentemente, o fracionamento do próprio pensamento, bem como do próprio conhecimento, transplantando – como não poderia ter deixado de acontecer – este viés picotado também para a pesquisa e para o ensino, infelizmente. De conseqüência em conseqüência, e como produto final, esse processo de parcelamento acabou por produzir uma profissionalização igualmente especializada, distante do padrão contemporaneamente idealizado da globalização ou da mundialização.

O reclamo por um retorno e por uma maior interação e integração entre os saberes reflete-se por todo o complexo das inter-relações humanas e transforma a própria sociedade que solicita uma superação deste exagerado modelo de racionalidade científica, e que solicita uma nova forma de institucionalização da produção do conhecimento, especialmente – entre nós – nos espaços destinados a uma construção normativa tal, que possa atender aos anseios do homem de hoje e de sua circunstância valorativa renovada.

O Direito, assim, e de resto como todos os demais saberes da contextualização geral do conhecimento, necessita de trocas de experiências, para reescrever seus meios e modos de alcançar, com sucesso, a sua própria finalidade: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme a perspectiva constitucional fundamental, para atingir o objetivo essencial da Humanidade, isto é, a produção de uma vida digna em prol da conquista da paz social.”²

Daí porque se torna tão necessário e interessante, por exemplo, esse diálogo que se estabelece, hoje, entre nós, o profissional da medicina e o profissional do direito.

² Estas considerações sobre integração de saberes foram realizadas, pela palestrante, já antes, em sua tese de Livre Docência, apresentada em maio de 2002 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Espero que seja esse o espírito dos que me ouvem, porque, de minha parte, tentarei me despir do vocabulário tão hermético e até pedante, às vezes, como é o vocabulário jurídico, procurando lhes mostrar como o Direito encara a relação que se forma entre o médico e seu paciente, o que um espera do outro e aquilo que as partes estão aptas a fornecer.

Falarei mais de perto da hipótese em que – por um motivo qualquer – algo sai errado. Algo se desfaz ou acontece, não da forma esperada pelo paciente, nem da forma que imaginara o médico ser capaz de obrar, mas, sim, algo acontece provocando uma diminuição numa característica do ser humano que se submete ao tratamento, à cirurgia e, mais especificamente, ao tratamento ou à cirurgia plástica reparadora e também ao tratamento ou à cirurgia estética.

A essa diminuição caracteriológica chamamos, em direito, de *dano*. *Dano material* e *dano moral*: eis a grande dicotomia com que trabalhamos e que procurarei aqui lhes aclarar.

Pois bem!

Diante de um dano provocado no paciente pelo médico, como reage o Direito Civil? (Aqui, um parêntese que tem antes a intenção de generalizar: diante de qualquer dano o Direito Civil reage de uma mesma forma: determinando a sua reparação... aquele que o causou, fica obrigado a repará-lo, sempre que restar provado que o dano decorreu, teve como causa, a ação ou a omissão de alguém. Tradicionalmente, exigia-se também a culpa, o que hoje não é mais uma verdade geral, mas que é uma verdade que continua a valer para o caso do labor médico).

Então, diante de um dano provocado no paciente pelo médico, o direito reage determinando que o culpado restabeleça a situação como ela *deveria estar configurada* no mundo ideal. E mais: em sendo isso impossível, determina o Direito que o causador da diminuição, isto é, do dano, indenize o sofredor, vale dizer, pague uma compensação monetária.

E é na caracterização da culpa e de sua prova que se centra hoje a maior ou menor proteção que o Direito empresta ao lesado, ou mesmo ao suposto causador do dano. Com efeito, é examinando o caso concreto e sua qualificação que o juiz, autorizado pela lei, é mais ou menos rigoroso na verificação da prova da culpa e na atribuição do dever de provar a sua existência ou sua inexistência.

No caso em que o cirurgião plástico ou médico esteta cause um dano a seu paciente, portanto, dependerá da qualificação que a lei e o juiz emprestem à relação existente entre eles para se saber se a culpa do médico *está presumida* ou se ela *deve ser provada* ou se, ainda e ao contrário, é o médico quem deva provar que *não agiu com culpa*.

Por isso, iniciarei essa curta exposição com uma análise da relação jurídica que existe entre o médico e o paciente, a fim de sabermos se o cirurgião plástico assume o compromisso de atingir um fim (o seio bonito, o nariz de boneca, a orelha pequena, a pele lisa e sedosa) ou se, ao contrário, esse mesmo cirurgião se compromete apenas a agir com os meios e as técnicas adequados para se chegar onde desejam o paciente e ele, profissional, que, certamente, espera alcançar o que é desejado por seu paciente.

Num segundo momento, então, verificaremos as conseqüências dessa qualificação na comprovação da culpa ou da ausência de culpa na atividade do médico esteta, e suas conseqüências na responsabilização civil do profissional da medicina.

2. A OBRIGAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA CIRURGIA PLÁSTICA: MEIO OU RESULTADO?

2. 1. RELAÇÃO CRÉDITO-DÉBITO

Quando um paciente procura um médico, certamente o faz porque sente sua saúde debilitada. Vocês, melhor do que eu, sabem que o conceito de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde é amplo e engloba o físico e o psíquico, o material e o moral. Daí porque entendam que a cirurgia plástica meramente reparadora seja também uma forma de se restabelecer a saúde em sua integridade.

Em sendo assim, como pessoalmente aceito que seja, o médico esteta não deve prometer maravilhas nem milagres, como se fosse um mágico ou Deus, capaz de transubstanciar a matéria, transformar um nariz adunco em um nariz de boneca, um par de seios desproporcionais em uma obra de arquitetura.

Isso que, à primeira vista pode parecer engraçado, jocoso, ofensivo até, traz conseqüências inimagináveis, também a esta primeira vista d'olhos, no grau e na extensão da responsabilidade que o médico há de arcar, no caso indesejável de algo escapar a seu controle.

É que se o médico se obrigar a atingir o resultado, estará, em verdade e para o Direito, obrigando-se a tornar esse resultado, em algo factível. Dessa forma, não importará ao juiz, o fato de o médico ter obrado com todo o seu saber e sua destreza e de a culpa pelo evento danoso ser atribuída, exclusivamente, à álea, ao azar, ao organismo do paciente que reagiu insatisfatoriamente. Para o Direito, então, da promessa do resultado decorre, como conseqüência lógica, a necessidade de ser este mesmo resultado atingido, salvo excepcionalíssimas hipóteses de

causas que escapam ao controle, como um terremoto que provoque o abalo da mesa cirúrgica e o descontrole conseqüente do bisturi que acaba por atingir um nervo do paciente, causando-lhe paralisia irreversível, por exemplo.

É claro que essa hipótese tem muito de aberrante, mas ela é propositada: carrega a intenção de demonstrar que a configuração da relação crédito-débito há de ser muito bem cautelosa em seu nascedouro.

Isso porque o mesmo médico esteta que se obrigasse a fazer o seu melhor, empregando as melhores e mais modernas técnicas cirúrgicas ou medicamentosas para o atingimento do resultado querido pelo paciente seria julgado, na nefasta hipótese do dano acontecer, apenas e tão somente pela verificação de ter ou não prestado o seu melhor, diante das circunstâncias do caso concreto.

Atingir o resultado ou aplicar as técnicas adequadas? Eis as hipóteses de obrigação do cirurgião plástico; eis o crédito que o paciente quer ver saldado. Por outro lado, nessa relação crédito-débito, tem o paciente o dever de observar as prescrições médicas e efetuar o pagamento segundo o que combinar com o médico.

É bem verdade, no entanto, que muitos julgados e ainda muitos doutrinadores da área do Direito enxergam *sempre* na cirurgia plástica estética uma obrigação de resultado, ou seja, presumem sempre que o médico obrigou-se a atingir o resultado querido pelo paciente. Mas isso decorre, muitas vezes, da reação que surgiu aos desmandos e à absoluta impossibilidade de se provar que o médico fora culpado. A absoluta falta de perícias conclusivas, deixando de indicar a existência de erro, mesmo onde ele era grosseiro e visível, o corporativismo que grassava então entre os médicos forçaram os aplicadores do Direito a coibir toda sorte de abusos, tornando factível a hipótese de reparação, mesmo quando havia dúvidas sobre a culpa do médico ter existido ou não. Recorremos ao conceito de presunção. Presumíamos, amparados pela lei, que o médico agira com culpa e abríamos a possibilidade para que o médico mostrasse a sua não-culpa, ou seja, admitíamos que ele, único conhecedor da técnica aplicada, convencesse-nos de que agira ou se omitira com lisura, segundo o que determinasse a sua ciência e seu saber aplicados ao caso concreto.

Mais recentemente, diante da ampliação do conceito de saúde e da descoberta de que fatores biológicos que escapam ao controle do profissional da saúde eram aptos a interferir no resultado da cirurgia, assiste-se já a um retorno do tratamento unitário dispensado aos médicos em geral, entendendo-se que o vosso labor não pode se comprometer para além daquilo que permite a falibilidade humana e as condições biológicas do paciente.

Mas todo esse discurso de unidade de tratamento dispensado aos médicos, entendendo que eles se responsabilizam apenas e tão-somente pela aplicação das técnicas adequadas e não pelo resultado desejado pelo paciente é, no mais das

vezes, desmentido pelos próprios médicos que, aplicando as novas tecnologias de computação gráfica, não resistem em realizar uma montagem do tipo “antes e depois”, *revelando* ao paciente o seu futuro aspecto, criando nele, um ser humano de saúde fragilizada – como vocês mesmos insistem em dizer –, uma enorme sensação de êxtase e felicidade, apenas com a revelação de sua eventual futura conformação física.

Realiza-se então a cirurgia e o paciente se frustra. E todo frustrado precisa de um culpado. É o médico, aquele mesmo maravilhoso doutor que lhe prometera o céu e que acabou por lhe entregar ao menos o purgatório...

Sabemos que, muitas vezes, a recuperação é lenta, os resultados demoram a aparecer, o inchaço tarda em desaparecer.

O problema não reside aí, mas, antes, na frustração experimentada. O Direito não tolera isso, principalmente quando se tem a impressão, ainda que relacionada à astúcia e à esperteza. Nesses momentos, o Direito, por meio de seus doutrinadores, reencontra sua irmã, a Justiça, e age com dureza. E para sanar a injustiça perpetrada pelo astuto-espertalhão ele diz algo como isso: “Ah é!!! Você acha que é assim; a coitada da parte lesada é que tem de provar o que alega; é ela que tem de provar a sua culpa em tê-la deixado dessa forma... pois bem: prove você que não é o culpado.”

Inverte-se o ônus de provar. A lei presume que o médico foi culpado em não ter realizado aquilo que prometera e mesmo mostrara ao paciente. Cabe ao médico, então, provar sua não culpa.

Como reação a esse recurso lógico e em consequência da descoberta da unicidade da saúde material e moral do ser humano, logo propugnaram os médicos pela unicidade de tratamento a lhes ser dispensado, requerendo desde logo o retorno aos padrões relativos à prova da culpa.

Ocorre que tão arraigada encontra-se essa posição no ramo jurídico que, convencer os operadores do Direito de que a obrigação do cirurgião voltou a ser obrigação de resultado, é algo que demandará algum tempo ainda.

Bem por isso, parece ser de todo conveniente traçar algumas diretrizes capazes de irem, a pouco e pouco, alterando a mentalidade jurídica. É isso o que se fará, em breves minutos, indicando-se a postura do médico que deseja se obrigar pelos meios e não pelo resultado.

2. 2. EXAMES E TRATATIVAS CONTRATUAIS

É dos exames que se aplica que o médico poderá, segundo sua experiência, verificar se tem condições de se comprometer a alcançar os resultados desejados pelo paciente. Deve, por isso, verificar empírica e teoricamente, se o paciente é

suscetível a problemas de cicatrização, de formação de quelóides, de deformações ósseas ou cutâneas, etc. E deve mais: deve alertar o paciente a tudo isso, deixando CLARO que não pode *garantir* o resultado *desejado*, mas que existem chances do resultado ser obtido. Dessa forma, deixará tratado com o paciente a possibilidade de eventos danosos supervenientes.

2. 3. FORMAÇÃO DO CONTRATO

Firmado o acordo de vontades (submeter-se à cirurgia plástica, nos moldes e com os riscos alertados pelo médico *versus* realizar a cirurgia segundo a melhor técnica aplicável ao caso, apesar da possibilidade, ainda que remota, de causar danos estéticos supervenientes), deve o cirurgião plástico acautelar-se no sentido de estar comprovado o conhecimento dos riscos da cirurgia pelo paciente. Faz isso mediante declaração do paciente no sentido de estar ciente de que o médico irá agir segundo o seu melhor, buscando o resultado mais próximo daquele que ele almeja. Mas não deve fazer isso por meio de um formulário impresso, previamente elaborado. Isso porque tal formulário pode configurar uma adesão do paciente aos “riscos”, desconfigurando essa exata prevenção, esse mesmo prevenir que o médico buscava. É que os operadores do Direito têm reagido também contra o que se convencionou chamar de contratos de adesão, em que a parte mais fraca da relação (nesse caso, fraca no sentido de desconhecer tão bem como o médico as técnicas e os riscos) se vê “forçada” a assinar um contrato com uma cláusula com a qual não concordou, sob pena de ver tolhido o seu direito a contratar.

2. 4. EXECUÇÃO DO PACTUADO: A CIRURGIA

Durante a cirurgia, o médico esteta deve se precaver relativamente a algumas questões:

- verificar a observância do pré-operatório pelo paciente;
- alertá-lo novamente para os cuidados com o pós-operatório; e
- obrar segundo o pactuado, aplicando as melhores técnicas para o caso, agindo com sua destreza, sua perícia e com toda a prudência com que está habituado.

2. 5. DESCUMPRIMENTO OU CUMPRIMENTO DEFEITUOSO

O pactuado entre as partes pode, no entanto, não se verificar:

- Pode a cirurgia não se realizar, quer porque o paciente não observou o pré-operatório, quer porque não efetivou o pagamento do sinal a que se obrigara, quer porque o médico houve por bem adiá-la, quer porque este mesmo profissional ficou doente, porque houve uma catástrofe, etc. Em qualquer desses casos, há de se verificar uma de duas conseqüências relativas à possibilidade de se realizar a cirurgia, mas em outra data, porque não se agrava nem a posição do médico nem a do paciente. Se positiva a resposta, subsiste a obrigação para ambas as partes. Se negativa, surge a responsabilidade civil para a parte que deu causa ao cancelamento da cirurgia ou dissolve-se a relação contratual entre as partes, sem quaisquer conseqüências atribuíveis a qualquer delas, sempre que o cancelamento se dever a um caso fortuito ou a uma força maior, como uma catástrofe que destruisse o único aparelho no país capaz de funcionar na cirurgia, por exemplo.
- Por outro lado, pode ocorrer de a cirurgia ter se realizado, mas de ela ter causado um dano a uma das partes. Nesse caso, salvo ainda a especialíssima hipótese do caso fortuito e da força maior, há de se averiguar quem obrou com culpa, deixando de observar as prescrições médicas ou as prescrições da melhor técnica, dos melhores tratamentos. Mas ainda aqui, pode ocorrer de a lei presumir ser o médico o culpado, deixando a seu cargo a prova de sua não culpa.

A isso voltaremos em breve.

2. 6. CONSEQÜÊNCIAS EVENTUAIS: A RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando algo sai errado, algo escapa aos cuidados, à destreza e à perícia do profissional da saúde e este não cumpre o pactuado, ou o cumpre apenas em parte, surge para a outra parte o direito de pleitear uma reparação. Vale dizer: (i) verificado o dano, (ii) verificado o nexo, o liame que une a conduta da parte (no caso o médico ou alguém sob suas ordens) a esse dano e (iii) verificada – ou presumida – a culpa dessa parte, pode o lesado buscar os Tribunais para que estes apreciem seu caso, decidindo se faz jus ou não a uma indenização.

A indenização será deferida, portanto, sempre que o juiz enxergar na hipótese um dano qualquer, o liame entre o dano e a ação, ou omissão do dano, e a culpa. E será indeferida, na hipótese de inexistir um desses elementos.

O dano estético é facilmente verificável pela perícia médica, o nexo causal entre o dano e a cirurgia também pode ser, de forma mais ou menos fácil, vislumbrada pelo perito judicial, mas a culpa, esta nem sempre é caracterizável com facilidade. Daí a necessidade de nos atermos mais especialmente a ela.

3. A CULPA E SUA PROVA

3. 1. A CULPA DO MÉDICO PROVADA PELO PACIENTE

Caso os médicos consigam agir da forma como recomendado, ficará mais fácil comprovar a qualidade de obrigação de meio para a cirurgia plástica, ainda que meramente estética, uma vez que estariam apenas se comprometendo a empregar sua melhor técnica na busca de um resultado provavelmente possível, mas sujeito a uma álea maior ou menor, conforme demonstrem as condições do paciente e os riscos da cirurgia.

Se assim for, e configurada a obrigação de meio, conseqüência lógica para o aplicador do Direito será determinar que a parte comprove a culpa do médico, se bem se possa entender possível um compartilhamento nos meios de prova, ou seja: ambas as partes trazendo elementos ao processo, segundo seus conhecimentos, para que o juiz, diante dos elementos disponíveis, decida se o médico agiu ou não com culpa.

O fato de se estar perquirindo acerca da existência da culpa é importante, porque se ela não restar demonstrada, não se poderá condenar o médico, porquanto inocente.

3. 2. A LEI PRESUMINDO A CULPA DO MÉDICO

Mas nas hipóteses em que configurada restar a obrigação de resultado, porque o médico entendeu que naquele caso não havia a mínima possibilidade de algo sair errado e, por isso, prometeu o resultado ao paciente. Se, apesar disso, o resultado não se realizar ou se realizar de forma incompleta ou defeituosa, o Direito presumirá que a culpa do médico está configurada.

3. 3. O MÉDICO PROVANDO A SUA NÃO-CULPA

Conseqüência disso é que ao médico restará tão somente a hipótese de provar que não é culpado, que não agiu com culpa e que o dano se verificou por culpa exclusiva do paciente, por exemplo, que não atendeu aos reclamos do médico no sentido de observar o pós-operatório; ou, ainda, deverá provar que o dano não decorreu da cirurgia, mas de outra causa, rompendo, então, o nexo causal entre o dano e sua conduta.

Mas a conseqüência dessa hipótese é que a não comprovação da não culpa, acaba por comprovar a culpa que a lei presumira, porque, e isso sabemos todos, a negação de uma negação força uma afirmação. Assim, não comprovar a não culpa é comprovar a culpa daquele que assumiu a possibilidade de realizar o resultado.

4. CONCLUSÕES ³

O que parece mesmo ser imprescindível, neste assunto, é a obrigação preambular incumbida ao cirurgião-esteta de avisar ao cliente sobre qual o resultado cirurgicamente possível de ser alcançado, bem como tem ele a obrigação preambular de se abster de realizar a cirurgia, se concluir desfavoravelmente acerca dos perigos que possam advir de sua atividade cirúrgica, avaliando as reais condições do paciente. Mas, principalmente, tem o cirurgião a obrigação preambular de esclarecer muito bem o paciente, a respeito do fato de que a sua expectativa de embelezamento poderá não ser alcançada, permanecendo o resultado final aquém deste sonho.

Costuma-se dizer, nesta área, que às vezes se troca um seio pequeno, ou um abdome avolumado, por uma mal apreciada cicatriz avermelhada... Mas não há como não deixar cicatriz em determinadas modalidades cirúrgicas e o paciente pode ficar muito desgostoso com isso, se não houver sido bem preparado.

Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o *valor humano* relativo ao padrão de beleza, é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém se reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face...sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar, se possível. E isto gera o sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência técnica e da diligência médica. O que fazer, num caso assim, em sede de responsabilidade civil do cirurgião? Ele é responsável pela frustração do paciente, ainda quando o tenha preparado convenientemente e tenha, principalmente, dedicado sua maior e melhor atuação técnica.

Nesse passo, já há uma parte da doutrina e jurisprudência posicionando-se em sentido diverso, ou seja, entendendo configurar-se em *obrigação de meio* este tipo de atividade médica, a cirurgia estética.

Caminhar-se-á, quiçá, por um mar de injustiças, caso o comportamento da jurisprudência não se altere, permanecendo predominante a tese da responsabilidade (independente de culpa) do cirurgião plástico e do anestesista, pois cada caso é um caso, e cada paciente apresenta um histórico e um quadro clínico distinto de outro, o que inadmite, no meu sentir, a generalização do assunto pela objetivação da responsabilidade.

³ Estas considerações, à guisa de conclusões, já haviam sido traçadas pela palestrante em seu livro **Direito das obrigações**. São Paulo: Editora RT, 2003 (no prelo).



DISCRICIONARIEDADE NA ATIVIDADE TÍPICA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E DO LEGISLADOR

*Márcia Regina Pitta Lopes Aquino**

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a possível liberdade concedida a administradores públicos e legisladores pelo sistema jurídico constitucional ou infraconstitucional. Tal liberdade, denominada, pelos doutrinadores, como discricionariedade, foi identificada, inicialmente, na atuação de administradores públicos. Todavia pode, em algumas situações, ser reconhecida na atividade legiferante.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade; Legislador; Administrador Público.

1. Introdução

Estado e indivíduo devem se sujeitar às imposições da lei. “Inicialmente, aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pela lei, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público”¹. É assim que se concebe o Estado de Direito.

O texto constitucional de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito. E, no parágrafo único do artigo 1º, traz, como regra geral, a democracia indireta.

Dizer-se, não apenas um Estado de Direito, mas Democrático de Direito amplia o entendimento que se possa fazer do primeiro. Num Estado Democrático de Direito, a submissão à lei adquire contornos ainda mais rígidos, pois a lei a que se submete só o faz porque expressa a vontade do povo, verdadeiro titular do poder.

* Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina - UEL.

E-mail: magut@sercomtel.com.br

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p.11.

Adotar como regime político a república, confirma o princípio democrático. É o que se depreende das palavras do professor Geraldo Ataliba, para quem república “é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executiva e legislativa) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.”²

A Constituição de 1988 determina que as atividades estatais deverão ser executadas por órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (artigo 2º). É a consagração da teoria da “tripartição de poderes”³. Esta, elaborada por Montesquieu (1689 – 1755), objetivava assegurar a liberdade dos indivíduos e ao longo do tempo converteu-se em dogma como meio eficaz para impedir a formação de governos absolutos.

Apontados inicialmente esses princípios fundamentais do Estado Brasileiro: regime republicano, Estado Democrático de Direito, democracia predominantemente⁴ indireta e tripartição de poderes, já se pode formular a principal indagação sugerida pelo tema deste trabalho. Haveria lugar para uma atuação discricionária pelos exercentes das funções legislativa e executiva? Sendo afirmativa a resposta, qual seria sua configuração e limitação numa ou noutra atividade?

2. A atividade administrativa

De acordo com a teoria da “tripartição de poderes”, ao legislativo cabe editar leis gerais e abstratas e ao executivo cabe, precipuamente, administrar. Diz-se precipuamente, pois, ao executivo são destinadas, também, atribuições políticas. Segundo Geraldo Ataliba: “todas as atribuições do Presidente da República podem ser classificadas em políticas e administrativas, juridicamente discerníveis pela circunstância de as primeiras serem funções imediatamente infraconstitucionais e as segundas infralegais. (...) Mesmo a mais ampla destas atribuições (administrativas) – porque genérica – que é a faculdade de regulamentar, não pode dispor sequer ‘ultra legem’; com maior razão, as demais faculdades ficam rigorosamente circunscritas ao querer legislativo.”⁵

² ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**, p.13.

³ Embora seja corrente ainda a utilização da expressão “tripartição de poderes” a distinção é mesmo feita entre os órgãos desempenhantes de funções, pois o poder do Estado é uno e indivisível.

⁴ Diz-se predominantemente indireta, pois a Constituição admite, em determinadas situações, institutos de democracia direta: o plebiscito e o referendo.

⁵ ATALIBA. Geraldo. **op. cit.**, p.54 –58.

Administrar, portanto, é dar concretude ao preceito da lei respeitando os limites por ela impostos. Assim, o desenvolvimento da atividade administrativa é infralegal. A lei não incide apenas sobre os indivíduos, mas também sobre as autoridades públicas. “O Executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário. (...)”⁶

Tipicamente, o Executivo atua através da emissão de atos administrativos⁷. Estes se constituem em declarações que produzem efeitos jurídicos, por isso, enquadráveis na categoria de atos jurídicos. “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”⁸

Em época na qual a Administração Pública atua, não poucas vezes, através de permissionárias ou concessionárias, a definição do professor Celso Antonio Bandeira de Mello parece mais atualizada: “Ato administrativo é toda declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁹

3. Discricionariedade e administração pública

Diante do exposto até aqui, torna-se perfeitamente compreensível a afirmação de que a Administração Pública atua nos limites da legalidade. Todavia, tomando-se esta afirmação como regra absoluta, os agentes administrativos converter-se-iam em simples autômatos, cumpridores de ordens emanadas do Legislativo. Mas a realidade, bem se sabe, não é, e não pode ser, entendida desta forma. A complexidade dos fatos é o argumento mais forte para negar a aplicação tão rígida ao princípio da legalidade a que está sujeita a Administração Pública. Até porque outros princípios submetem sua atuação. O próprio texto constitucional determina, expressamente, em seu artigo 37, a obediência, além da legalidade, aos princípios

⁶ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**, p.1.

⁷ A função administrativa é disciplinada pelo Direito Administrativo. Cáo Tácito citando Guido Zanobini, afirma que este ramo do Direito Público “nasceu entre as cinzas ainda quentes do regalismo e sua certidão de nascimento seria a Lei de 28 pluviose do ano VIII (1800 no calendário gregoriano), que deu feição jurídica à administração francesa.” TÁCITO, Caio. *idem*, **ibidem**.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p.139.

⁹ O professor Celso Antonio afirma, ainda, poder haver, excepcionalmente, atos administrativos imediatamente infraconstitucionais, quando a Constituição regula de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p.330.

da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O senso comum já indica que este último – princípio da eficiência – seria letra morta diante de uma Administração Pública “escravizada a coletes de força”, na conhecida expressão do professor Cáo Tácito.

O critério a ser utilizado, portanto, para justificar uma certa margem de liberdade concedida ao agente público é de ordem prática. A discricionariedade “é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize, respondendo às necessidades de cada momento.”¹⁰

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade e pode ser definida como: “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.”¹¹

É evidente, portanto, que discricionariedade não é sinônimo de liberdade. A atividade administrativa inicia-se sempre submetida à uma regra de competência que autoriza o agente a proceder em nome do Estado. Não há liberdade ao agente público em relação à competência. Esta é sempre vinculada e de ordem pública, intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. “É condição primeira de validade do ato administrativo. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição.”¹²

Diz Cáo Tácito que “a autoridade competente se movimenta em função de aspectos de fato ou de direito que determinam a sua iniciativa. A realização do ato pressupõe, desta forma, certos antecedentes objetivos. O ato administrativo se inicia com a verificação da existência dos motivos de direito e de fato. A apreciação desses motivos destina-se à orientação quanto à necessidade de agir ou quanto aos meios indicados para obtenção do resultado.”¹³

¹⁰ Fiorini, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**, p.69.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **op. cit.**, p.370.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **op. cit.**, p.62.

¹³ TÁCITO, Cáo. **op. cit.**, p.3.

Já se pode dizer, portanto, que o agente competente procederá à subsunção da lei ao fato concreto. Desta verificação duas situações poderão ocorrer. Uma delas será a completa subsunção da lei ao caso concreto havendo, portanto, uma única solução juridicamente possível. Nesses casos, há vinculação. Noutras vezes, diante do caso concreto, o agente público competente poderá se deparar não com uma, mas duas ou mais soluções possíveis. É este o campo precípua da discricionariedade no qual a avaliação ou decisão ocorrerá segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados pela própria Administração.

4. Os termos polissêmicos

Essa diversidade de soluções apresentada pela norma pode decorrer da polissemia dos termos utilizados pelo legislador na hipótese legal ou mesmo porque a norma faculta ao agente mais de um comportamento (mandamento). Em ambos os casos o teto para a liberdade daquele que deve praticar o ato é a finalidade legal da competência. E esta é dever do agente – não mera faculdade - para alcançar uma finalidade geral que é o interesse público e uma finalidade específica que é aquela determinada pela lei a qual o ato se subordina diretamente. Mesmo que a lei não a enuncie de forma explícita deve o agente extrai-la do preceito legal levando em conta os interesses protegidos e a competência do órgão incumbido de executá-lo, pois a competência não pode ser um “cheque em branco” concedido ao Administrador.¹⁴ Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Esta macula o ato, de forma a possibilitar a sua correção pelo Judiciário.

A possível liberdade atribuída ao agente público pela utilização de termos imprecisos na determinação dos motivos legais (pressupostos de direito) ou na qualificação do interesse público sofre limitações. Tais limitações referem-se à própria interpretação de tais conceitos e à aplicação de princípios extraídos do sistema jurídico constitucional ou infraconstitucional.

É o próprio Celso Antonio Bandeira de Mello ao dissertar sobre os chamados conceitos ‘fluidos’, que afirma possuírem eles “um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.”¹⁵

¹⁴ TÁCITO, Caio. *Idem*, p.5.

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.398.

Só na presença dessa zona de incertezas é que poderá o agente exercer sua competência discricionária. Mesmo assim, não estará dispensado de atender aos princípios expressos ou não em todo sistema jurídico. A supremacia constitucional justifica a maior importância dada aos princípios constitucionais. E entre eles estão, como fundamento do Estado brasileiro, como visto no início deste trabalho, o princípio da legalidade e o princípio democrático. A correta interpretação desses dois princípios apenas tornaria desnecessário falar em tantos outros como impessoalidade, moralidade e eficiência (art 37, CF/88).

Desta forma, os atos administrativos são sempre vinculados quanto à competência e, na subsunção do fato à norma, o agente público estará sempre limitado pela finalidade indicada por ela, mesmo quando os motivos legais forem expressos por termos imprecisos. Tal imprecisão pode ocorrer em abstrato, mas diante do caso concreto será possível, em regra, escolher-se a única solução possível. Em poucas situações restará um campo de incertezas onde mais de uma solução juridicamente possível surgirá. “Discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.”¹⁶ Desviando-se desses limites, o agente público incorrerá em desvio de poder corrigível pelo Judiciário.

Mesmo quanto à finalidade, no entendimento do professor Celso Antonio Bandeira de Mello poderá existir certa margem de liberdade. “O fim é sempre vinculante (como aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário.”¹⁷

Considere-se que os fins legais, muitas vezes, são expressos por termos precisos e nenhuma dúvida suscitam. Porém, nos casos onde tais fins são expressos por conceitos indeterminados, as zonas de incertezas mencionadas acima também poderão ocorrer e levarão, neste caso, a duas ou mais soluções incensuráveis que poderão ser adotadas pelo agente público. Mas, em momento algum poderá o agente público fugir aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade sob pena de ver o ato anulado por desvio de poder.

¹⁶ **idem**, p.400.

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 369.

5. Desvio de poder

A anulação dos atos administrativos por desvio de poder é criação francesa. O marco inicial da jurisprudência do Conselho de Estado francês, incluindo o desvio de poder como espécie do recurso por excesso de poder, está situado no caso *Lesbats* (1864)¹⁸.

Se o agente se afasta dos objetivos perseguidos pela norma; se faz mal uso da competência que lhe foi atribuída, haverá desvio de poder, que Caio Tácito conceitua como “Aplicação da competência para um fim estranho àquele estabelecido em lei.”¹⁹

Hely Lopes Meirelles²⁰ ao tratar do uso do poder, afirma que este é lícito, mas o abuso do poder é, sim, ilícito. O abuso do poder, segundo o autor, “ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”

Como todo ilícito, o abuso de poder pode apresentar-se em diversas formas inclusive omissivas. O abuso de poder (ou abuso de autoridade) é gênero do qual são espécies o excesso de poder e o desvio de finalidade. O excesso de poder ocorre quando a autoridade, competente para o ato, extrapola o uso de suas faculdades administrativas; excede sua competência. Já o desvio de finalidade (ou de poder), segundo o mesmo autor, verifica-se quando a autoridade, nos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Embora as expressões possam variar de acordo com o entendimento de cada autor, o certo é que o mau uso das competências atribuídas ao administrador público importa em excesso, que tanto pode ser chamado de excesso de poder, como de abuso de poder ou desvio de poder.

¹⁸ “No caso *Lesbats*, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Conhecendo do recurso, o conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve ‘*détournement de pouvoir*’ porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local” MEIRELLES, Hely Lopes. **op. cit.**, p.102.

¹⁹ TÁCITO, Caio. **op. cit.**, p.82.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Idem, ibidem.**

6. A atividade legislativa

Resta agora verificar se o que se disse sobre a Administração Pública pode ser aplicado à atividade legislativa. Ou melhor, se a vinculação a que se submete o ato administrativo em relação à lei é a mesma que se dá entre esta e a constituição, permitindo-se falar em discricionariedade e desvio de poder legislativos.

Frise-se, inicialmente, o conceito de lei dado pelo professor Celso Bastos: “lei é todo ato que, oriundo do legislativo e produzido segundo procedimento descrito na constituição, inova originariamente a ordem jurídica.”²¹

Haveria na relação constituição-lei a mesma vinculação que se identifica entre a lei e o ato administrativo? A doutrina constitucional estrangeira sobre a vinculação do legislador foi estudada por Canotilho²² que as classificou em três categorias onde as relações materiais entre a constituição e a lei podem ser concebidas, considerando-se o legislador como executor, aplicador ou conformador dos preceitos constitucionais.

Para aqueles que têm a lei como execução da constituição, a posição hierárquico-normativa da primeira em relação à segunda é igual à do ato administrativo em relação à lei. Neste caso, a discricionariedade legislativa se circunscreve a um problema de execução, pelo legislador, dos preceitos pouco detalhados do texto constitucional.

Vista a lei como aplicação da constituição, a atividade do legislador será diferente da desempenhada pelo administrador em origem e extensão. O primeiro não necessita de autorização expressa da constituição para atuar dentro da competência constitucionalmente fixada e o grau de vinculação material a que está sujeito é qualitativamente inferior. A liberdade do legislador é mais ampla e a vinculação é menor em relação ao administrador público.

Por último, para os autores que identificam na lei uma conformação da constituição, esta assume característica de norma geral. “O legislador dispõe, então, de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Embora jurídico-constitucionalmente vinculado, o legislador desenvolve uma atividade criadora não subsumível a esquemas de execução ou aplicação de leis constitucionais, conformando livremente os fins político-sociais enunciados na constituição.”

²¹ BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*, p.347.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 216 e ss.

A classificação acima exposta ²³ é de clareza singular, porém não se pode dizer que o texto constitucional seja unânime na qualificação das competências atribuídas ao legislador e ele será executor, aplicador ou conformador da constituição, à medida em que diminua a vinculação e aumente a sua liberdade para criação e incorporação de valores materiais à ordem jurídica.

Portanto, a dificuldade que se depara, inicialmente, para a transferência à atividade legislativa do conceito de discricionariedade, concebido na esfera administrativa, é atenuada à medida que se identifica o grau de vinculação a que está submetido o legislador (executor, aplicador ou conformador). A dita transferência não tem lugar se for entendida de forma pura. A estrutura técnico-jurídica da discricionariedade administrativa só pode ser utilizada na esfera legislativa em determinadas situações.

Pelo perfeito cabimento, a esta altura do estudo aqui proposto, segue-se transcrição dos ensinamentos do professor José Afonso da Silva ao caracterizar as normas constitucionais de princípio institutivo. Tal caracterização “está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Umas deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, como a do § 2º do art. 18 CF/88; outras, já indicam o conteúdo da lei, como a do art. 33 CF/88. Outras deixam para o legislador ordinário apenas aspectos secundários, como é o caso do art. 161.” ²⁴

O professor Caio Tácito fala em uma discricionariedade peculiar do legislador, sustentando, que “é necessário um temperamento da latitude discricionária de ato do poder legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido” ²⁵.

No mesmo trabalho, Caio Tácito cita, como exemplo de discricionariedade do legislador e seu controle, a sustentação que fez, perante o STF, em duas oportunidades, pela nulidade de leis estaduais pelas quais, no término de governos vencidos nas urnas, eram criados cargos públicos em número excessivo, não reclamados pela necessidade pública, e comprometendo gravemente as finanças do Estado, tão-somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares.

²³ De acordo com a classificação da vinculação a que está submetido o legislador, Canotilho elaborou uma classificação das competências legislativas: a) competência de concretização legislativa; b) competência de qualificação legislativa positiva; c) competência de qualificação negativamente vinculada; e d) competência de qualificação legislativa não arbitrária. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Idem**, p. 252 e ss.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p.123–124.

²⁵ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, n.188, 1992.

Nesses casos, o STF consagrou, segundo o autor, a tese da validade de novas leis que anulavam aquelas, reconhecendo o abuso do legislativo estadual no exercício da atribuição, em princípio discricionária, da criação de cargos públicos.²⁶

Veja-se a opinião do professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

“O desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: leis e decisões judiciais são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodados pela indelével jaça do desvio de poder.”²⁷

7. Conclusões

Conclui-se, portanto, que o legislador, assim como o administrador público, num estado que se autodenomina Democrático de Direito, atuam de acordo com competências que lhes foram atribuídas pelo texto constitucional ou infraconstitucional. O legislador, atuando sob os ditames constitucionais, valoriza os fatos e ordena a sociedade no cumprimento de mandato a ele concedido e imposto. Nessa atividade dispõe, muitas vezes, de ampla margem de liberdade, diferente apenas em grau daquela desempenhada pelo administrador público.

Administrador ou legislador, ao extrapolarem competências – vinculadas ou não – incorrem no vício de desvio de poder corrigível pelo Judiciário. E só um Judiciário independente, como determina o texto constitucional, é capaz de assegurar a observância dos limites constitucionais impostos à atividade de legisladores e administradores públicos.

²⁶ Acórdão proferido em mandado de segurança nº 7.243 de 20/01/69.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2000, p.49.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, 191p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, 499p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra, 1994, p.217-287.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2001, 242p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Malheiros. 2000, 765p.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. (Atual. e ampl.). São Paulo: Malheiros, 2000, 845p.
- _____, **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992, 110p.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997, 142p.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.103-134.
- TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, 368 p.
- _____, O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, n.188. São Paulo: Renovar/ FGV, 1992, p.1-13.



O DEBATE BIOÉTICO NO DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira*

RESUMO:

O presente estudo é baseado em nossa experiência como professora e pesquisadora na área de bioética nos cursos de Direito e de Enfermagem. Nosso objetivo é demonstrar a importância do estudo da bioética no curso de direito. Este debate bioético tem por escopo discutir problemas relacionados às pesquisas e às práticas pluridisciplinares, com o intuito de refletir, elucidar e apresentar soluções éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas. Tais questões não que ser consideradas sob vários ângulos, na tentativa de harmonizar os melhores caminhos. A bioética é quem examinará as possibilidades, as respostas morais para os questionamentos, cabendo ao direito a sua tradução (ou não) em normas jurídicas, por serem estas gerais e de obrigatório cumprimento. A contribuição do direito deve ser no sentido de trabalhar pela evolução, recorrendo ao diálogo para a elaboração das normas que nortearão a conduta da sociedade de forma harmônica e democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia; Ética; Bioética; Tecnologia.

ABSTRACT:

The present study is based in our experience like teacher and researches in bioethics area at Right and Nursing courses. Our goal is demonstrate the importance of bioethics study in the right course. This bioethics debate has like objective discuss problems related to researches and pluridisciplinary practices, with intent to reflect, elucidate and present ethical solutions caused for biomedical tecnosciences breakthrough. Such like questions there will be considered under many angles, in attempt to harmonize the best ways. The bioethics is who will examine the possibilities, the moral answers to the questions, being up to right its translation (or not) in legal rules, to be this general and obligatory fulfillment. The right contribution must be in sense to work for evolution, appealing to dialogue for rules elaboration that will govern the society's conduct in harmonic and democratic form.

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP/Université Paris.

Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Professora/pesquisadora das Universidades Unipar, Unicastelo, UniABC; Membro da Sociedade Brasileira de Bioética e da Sociedade Brasileira de Sexualidade Humana.

Autora das obras: *“Bioética e Direito”*, *“Mudança de Sexo”* e *“Bioética e Sexualidade”* (Org.).

E-mail: terezavieira@uol.com.br

KEY-WORDS: Philosophy; Ethics; Bioethics; Tecnology.

1. Introdução

Existe uma estreita relação da filosofia com a bioética em decorrência, principalmente, dos questionamentos éticos acerca da existência humana e dos seus propósitos. Mainetti,¹ citando o bioeticista americano Alexander Capron, exemplifica: “*se o desenvolvimento da biologia e da medicina têm sido o combustível do trem da bioética, e a filosofia os trilhos sobre os quais corre, então o direito é o engenheiro dos controles da locomotiva, enquanto que as legislações e sentenças são os maquinistas que guiam o trem através da linha férrea*”. E conclui, dizendo que não só a lei influenciou a bioética trazendo sua consideração para os direitos e os procedimentos, mas também, reciprocamente, a bioética enriqueceu a análise legal humanizando-a.

Constantemente o direito é chamado a dar sua contribuição para soluções onde há impasse ou ocorrências, sobretudo acerca das conseqüências do desenvolvimento das ciências biomédicas e da biotecnologia. Como regulador da relação do homem em sociedade, por sua vez, deve apresentar sua colaboração na valoração dos resultados e conseqüências, pois a interferência não é apenas sobre a fauna e a flora, mas também sobre o homem. A bioética se esforça para contemporizar esse debate e amenizar as conseqüências, porém tal análise é impossível sem passar também pelo direito.

Assim, preocupados com a formação qualificada dos nossos alunos, pretendemos discutir a contribuição da bioética para o efetivo exercício da carreira do profissional do direito, ressaltando, principalmente a importância da interdisciplinaridade para a construção do saber unitário.

2. Temática e questionamentos

Inúmeros são os temas e questionamentos éticos que clamam por soluções justas. Contudo, a visão unicamente jurídica acerca de temas como reprodução assistida, clonagem, transplantes, direito de morrer e eutanásia, interrupção de gravidez, aborto eugênico, experimentação em seres humanos, esterilização, cirurgia de adequação de sexo do transexual, homossexualidade, segredo médico, erro médico, direitos do paciente, transfusão de hemoderivados em Testemunhas de Jeová, consentimento esclarecido, comitês de ética em pesquisa, terapia genética,

¹Apud HOOFT, Pedro Federico. **Bioética y derechos humanos**. Prefácio. Buenos Aires: Depalma, 1999, xv.

animais e alimentos transgênicos, discriminação por motivos genéticos, genoma humano etc, não soluciona tais problemas. Portanto, os profissionais do direito devem ter um olhar abrangente acerca de outras áreas do conhecimento, imprescindíveis na tomada de decisão.

À guisa de exemplo podemos citar alguns questionamentos, para que possamos meditar acerca das possíveis deliberações. As decisões dos Magistrados coincidem com as proferidas pelo Conselho de Ética? O ético pode não ser legal? Os códigos de ética profissional não conseguem conter os abusos? Existem limites para as descobertas? Até onde o Homem pode ir? A proibição de experimentos não será um retrocesso, como ocorreu com a ciência no fim da idade Média? O medo é quem determina o que não se deve fazer? Para ocorrer avanços temos que correr riscos?

Podemos elencar outros: Quando começa a vida? Existe o direito à morte? Tem o Estado a faculdade constitucional de impor tratamento para salvar a vida de uma pessoa contra a sua vontade? O paciente terminal tem direito ao controle das decisões até o final da vida? A morte assistida é compatível com a ética profissional? Como proceder diante de um paciente que não padece de enfermidades somáticas?

E ainda: É imoral ter filhos sabendo-se que estes nascerão com fatores de riscos genéticos? Se a mulher decidir levar sua gravidez até o final estará moralmente obrigada a submeter-se a todo tratamento que seu médico considerar aconselhável para o feto? O descarte de embriões é aborto? Quando o nascimento é injusto para a criança? Os pais têm o direito de escolher o sexo do bebê? O que dizer da reprodução assistida para homossexuais? O que dizer da clonagem humana? E, das cirurgias de “mudança de sexo?” Pode o homem mudar a natureza? Estas e outras questões contribuem para o enriquecimento do debate, obrigando-nos a recorrer à interdisciplinaridade.

3. Interdisciplinaridade imprescindível

O Direito, tanto quanto a Filosofia, a Biologia, a Medicina, a Antropologia, a Sociologia, a Teologia ocupa uma posição decisiva na contribuição para o debate bioético, pois são os juristas, os advogados, os membros do Ministério Público etc, operadores do direito, os principais defensores dos direitos dos vulneráveis, denunciando os abusos e defendendo a primazia da dignidade humana. Com seus conhecimentos tais profissionais contribuem na elaboração das leis, bem como na aplicação do direito e da defesa da vida humana, na tentativa de conciliar os conhecimentos biológicos e os valores.

A discussão há que ser ampla, pública e aberta à crítica dos demais segmentos, objetivando o equilíbrio entre os interesses em conflito. O diálogo com a coletividade é imprescindível.

Na verdade, busca-se um consenso, ainda que transitório, para determinadas questões polêmicas discutidas pelos tradicionalistas e pelos vanguardistas. No centro da discussão está o ser humano, a vida, a saúde. Com esta integração objetiva-se o equilíbrio em proveito do homem, embora cada caso possa comportar uma solução. O resultado deve ser visto como um todo, sem fragmentação.

4. Ética clínica e direito

Em muitos casos relatados pelos debates bioéticos a lei poderá não estar presente, mas o direito sim. Vale a máxima: *ubi societas, ibi ius*, onde há sociedade, há direito, pois não há sociedade sem direito. Este pode ser o ponto de partida para a criação de novas normas jurídicas.

No dizer de BYK, “...o direito e a moral não são realidades separadas, mas vivem uma relação dialética. A ética clínica procura ajudar o paciente a se sentir responsável na sua tomada de decisão em um formalismo indicador de uma normalidade não transgressível. Enfim, a ética clínica é para o jurista um campo privilegiado de observação da emergência da normatividade. Porém, a analogia, entretanto, não é total.”²

Como sabemos, o Brasil não pratica o sistema de jurisprudência definida, apesar de possuir súmulas aplicáveis a algumas áreas do direito (ex. trabalhista). Assim, estas não têm aplicação obrigatória, embora possam servir como precedentes para casos semelhantes. Isto, por vezes, é benéfico, pois não atrela as decisões a conceitos já ultrapassados. Desta forma, felizmente, não têm efeito obrigatório. Esta vinculação seria eternizante e não permitiria a atividade, o dinamismo do debate bioético. O fato de o Supremo Tribunal Federal já haver denegado uma vez sobre questão referente a pedido de mudança de nome e de sexo em caso de transexualismo³ não impediu que dezenas de juizes e promotores proferissem pareceres e sentenças favoráveis ao ser humano que sofre aprisionado por um “registro” que não o identifica verdadeiramente.

Diversos são os dispositivos constantemente lembrados ao abordarmos questões relativas a bioética. Colacionamos alguns à guisa de exemplo. Vejamos, Constituição Federal: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), art. 5º (direito à vida, privacidade), art. 196 (direito à saúde), art. 225 (meio ambiente); Código Civil: art. 2º. (existência da pessoa), art. 13 (disposição do próprio corpo por exigência terapêutica), art. 229 (sigilo profissional), art. 951 (negligência, imprudência, imperícia no

² **Le droit international des sciences de la vie.** Bordeaux: Les Études Hospitalières Editions, 2003, p.19.

³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos.** São Paulo: Livraria Santos Editora, 1996, p.136.

exercício profissional), art. 1597, III, IV, V (fecundação artificial, embriões excedentários); Código Penal: art. 121 (casos de eutanásia), arts. 124 a 128 (aborto), art. 129 (lesões corporais), art. 154 (segredo profissional), dentre muitos outros.

Devemos nos lembrar aqui também que, o Código de Ética Médica e Código Penal não protegem expressamente a prática da eutanásia ativa, pelo contrário. Contudo, a ética clínica a pratica, respeitando o sofrimento desnecessário do paciente. A vida tem mais valor para o Direito que para a Medicina?

Estabelecendo um paralelo entre a eutanásia e o direito, a professora argentina Graciela Estrella Gutierrez escreve que a bioética anda pelo caminho da moral. Esta pertence ao âmbito íntimo do homem e a sanção ao descumprimento de suas normas trazendo como efeito a condenação da consciência. Citando Siches “ *La moral valora la conducta en sí misma, y es de cumplimiento facultativo. El Derecho, por el contrario, valora la conduta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad. El terreno en el cual se proyecta el derecho es el de la coexistencia y cooperacion sociales*” e possui a característica da coercibilidade como importante componente do direito positivo.⁴

A bioética é quem examinará as possibilidades, as respostas morais para os questionamentos, cabendo ao direito a sua tradução em normas jurídicas, por serem estas gerais e de obrigatório cumprimento.

5. Objetivos do ensino da disciplina Bioética no Direito

O professor Paulo Rodrigues Vieira, doutor em Direito pela Universidade de Paris, sintetiza claramente os principais objetivos da bioética. Para ele, a interpretação do papel e da postura da bioética em face das demais ciências parece ser, hoje, incontornável, apesar de não ser ainda por todos compreendida. Mas ela não se preocupa com isso, mesmo porque é necessariamente a ciência da polêmica, do debate, da discussão, da interpretação, do ponto de vista e, finalmente, da reflexão e da busca de conciliação. Não é de seu objeto científico encontrar um único conceito, invariável, inquestionável, uma posição rígida e inflexível; mas, sim, tencionar pelo respeito às diferenças, pela observação dos pontos divergentes, pela consideração fundamental do princípio da autonomia.

Além dos já mencionados, a nosso ver, o ensino da bioética no curso de direito objetiva:

⁴ *Apud Bioderecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p.25.

1) Discutir as possíveis condutas dos profissionais em temas que carecem de reflexão bioética, não os considerando apenas sob o prisma legal, demonstrando a importância do debate interdisciplinar, ou seja, a contribuição de cada área para o enriquecimento e amadurecimento da decisão em cada situação;

2) Incutir no futuro profissional a necessidade do aprimoramento do conhecimento, técnico, científico e cultural, buscando a construção de um saber unitário, no tocante às ciências da vida e do cuidado com a saúde;

3) Assegurar o princípio da primazia da pessoa, aliando-se às exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde;

4) Despertar e desenvolver nos acadêmicos o questionamento sistemático dos temas estudados. Cabe lembrar também que a relação da filosofia do direito com a bioética é bastante íntima, pois a filosofia questiona e procura obter respostas sobre a existência humana, bem como o sentido a vida;

5) Desenvolver o potencial de pesquisador, ensinando os principais caminhos da investigação nos campos da Bioética e do Direito;

6) Discutir problemas relacionados às pesquisas e práticas pluridisciplinares, enfocando a participação do futuro profissional à luz também do Código de Ética do Advogado, Código de Ética Médica, Código de Ética da Enfermagem etc, procurando estabelecer os limites para sua atuação, manutenção (ou não) do sigilo profissional, bem como o do pessoal sob sua direção;

7) Atentar para a responsabilidade acerca do presente e do futuro da biociência, discutindo normas que protejam o exercício da cidadania, o qual é garantido constitucionalmente pelo direito a vida digna, saúde, privacidade etc.;

8) Discutir a necessidade (ou não) da normatização. Caso seja necessária esta deve ser de um esforço conjunto, combinando às reflexões produzidas nos vários campos do conhecimento familiarizando o aluno com a abordagem holística dos temas;

9) Discutir a humanização das decisões etc.

Em resumo, são estes alguns dos propósitos que se pretende atingir com a inclusão desta disciplina, desenvolvendo junto aos acadêmicos a capacidade de pensar interdisciplinar e dialeticamente.

6. Elaborar leis resolve?

Em virtude dos questionamentos surgidos é que indagamos: legislar resolve? Será que o Direito tem o *direito* de intervir nesses avanços, procurando determinar até onde a Ciência pode ir?

A bioética não tem a função de normatizar. Para se trabalhar com a bioética, os estudiosos do direito não devem ser legalistas, achando que para tudo deve

haver uma lei. As leis elaboradas de afogadilho pecam por serem lacunosas ou por atarem o direito. Este deve ser mutável e aplicado às mais diversas realidades. Por outro lado, com o célere progresso das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento da sua promulgação.

No entender de Philippe Le Tourneau não há necessidade de legislar. Para ele, os grandes princípios do Código Civil são suficientes para regulamentar as situações. Se formos legislar, é preciso muita prudência, dando à matéria grandes princípios sem querer tratar detalhadamente todas as questões.⁵ Ademais, a moral não deve ser considerada como um conjunto de restrições, mas um caminho de liberdade e de felicidade.

A propósito desses casos, cabe ponderar acerca da difícil tarefa do Magistrado, pois mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe a ele dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites.

Assim, a contribuição do direito deve ser no sentido de trabalhar pela evolução, recorrendo ao diálogo para a elaboração das normas que nortearão a conduta da sociedade de forma harmônica e democrática. Conforme preleciona Francisco de Assis Correia⁶, a ética não deve ser entendida apenas como solução de problemas intelectuais, mas como aquisição de hábitos, de qualidade de caráter.

No que concerne a assuntos relacionados a bioética, os profissionais do direito não possuem conhecimentos suficientes para elaborar leis sem a discussão do seu conteúdo com as áreas mais afeitas ao tema (ex. saúde). O profissional da saúde, por sua vez, necessita participar do debate multidisciplinar sob pena de não conseguir acompanhar a evolução das tecnociências, imaginando que tudo é proibido, pelo simples fato de não saber interpretar as leis. Assim, ambos deixam de fornecer sua contribuição para garantia dos direitos fundamentais do exercício da cidadania.

7. Considerações Finais

O direito e a bioética unem os seus princípios para estabelecer as normas para a tutela do homem como um todo, sem permitir exclusões. A sociedade democrática é pluralista e a bioética deve ser construída dentro destes parâmetros.

Destarte, o profissional do direito deve dominar conceitos de bioética, facilitando a tomada de decisão, garantindo um compromisso contínuo com a saúde do Homem e estabelecendo um franco diálogo com outras classes profissionais. A interdisciplinaridade é sempre bem-vinda como tentativa de cooperação na busca da melhor solução, mormente, na área da saúde e dos cuidados a ela relacionados.

⁵ *Apud* VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2003, p.18.

⁶ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. *In: Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p.47.



A inclusão de disciplina no curso de direito tem por escopo discutir problemas relacionados às pesquisas e às práticas pluridisciplinares, com o intuito de elucidar e apresentar soluções éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas. Tais questões não que ser consideradas sob vários ângulos, na tentativa de harmonizar os melhores caminhos, fazendo inclusive que mudemos, quando for o caso, nossa opinião, a qual anteriormente era baseada apenas no prisma legal.

Nem tudo que interessa ao direito interessa a bioética, mas tudo que diz respeito a bioética interessa ao direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BYK, Christian. *Le droit international des sciences de la vie*. Bordeaux: Les Études hospitalières Editions, 2003, p.19.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p.47.

ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. *Bioderecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p.25.

HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1999, xv.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2003, p.18.

_____. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Livraria Santos Editora, 1996, p.136.



DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Aspectos Jurídicos e Econômicos

Ana Claudia Duarte Pinheiro*

Sumário:

Introdução. 1. A Identificação Econômica e a Identificação Jurídica. 2. Fundamentos Jurídicos para o Desenvolvimento Sustentável. 3. Considerações Finais: uma Proposta Normativa e o Conjunto Multidisciplinar de Interesses. 4. Referências Bibliográficas.

RESUMO

A humanidade vem, a partir da segunda metade do século XX, tomando conhecimento de todos os problemas decorrentes dos prejuízos ambientais causados pelos desmandos do próprio Homem, que já se conscientizou de seus atos maléficis, mas ainda não mudou efetivamente as suas ações. Há muitos interesses em jogo e são muitas as questões pertinentes à matéria, além da jurídica, como a economia, a sociologia, a filosofia, etc. Há um aspecto, porém, de vital importância dizendo respeito à norma jurídica ambiental e que exige um amadurecimento legislativo de cada um dos Estados, da nação, enquanto protagonistas do desenvolvimento sustentável. A questão implica em transnacionalidade de interesses que são, muitas vezes divergentes.

PALAVRAS-CHAVE: Meio-ambiente; Norma Jurídica Ambiental; MERCOSUL; Desenvolvimento Sustentável.

*Docente do Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Docente da Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Especialista em Direito Empresarial pela UEL e Direito Tributário pelo IBET - UniFil.

Mestranda do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL.

Advogada em Londrina.

E-mail: acdp@sercomtel.com.br



RESUMEN

La humanidad a partir de la segunda mitad del siglo XX, viene tomando conocimiento de todos los problemas ocasionados en razón de los perjuicios ambientales causados por los desmanes del propio hombre que ya ha tomado consciencia de sus hechos maléficis, pero no ha cambiado efectivamente sus acciones. Hay muchos intereses en juego y son muchos los asuntos pertinentes a la materia, además de la jurídica, como la economía, la sociología, la filosofía, etc. Este aspecto, sin embargo, de vital importancia se refiere a la norma jurídica ambiental y que exige madurez legislativa de cada uno de los Estados y de ellos como protagonistas del desarrollo sustentable. El asunto implica en transnacionalidad de intereses que muchas veces son divergentes.

PALABRAS-LLAVE: Medio-ambiente; Norma Jurídica Ambiental; MERCOSUR, Desarrollo Sustentable.

ABSTRACT

Since the middle of the XX century, mankind has become aware of all problems decurrent of environmental injuries caused by the excess of men themselves, who have already become conscious of their harmful acts against the environment, but actually, they havent changed their acts. There are many interests involved and many questions related to this subject, besides the juridical, for instance: Economy, Sociology, Philosophy, etc., yet the vital aspect concerns to the Environmental Juridical Norm, demandind Legislative ripening of each and every State of the country and their commitment with the Sustainable Development. The question implies transnationality of interests, often divergent

KEY-WORDS: Environment; Environmental Juridical Norm; MERCOSUL, Sustainable Development.



INTRODUÇÃO

A humanidade vem vivenciando, nos últimos anos, um especial interesse pelo tema ambiental. Quando se apercebeu da degradação operada pelas mãos do Homem e, também, das dificuldades decorrentes ora do alto custo da recuperação ora da efetiva impossibilidade de reabilitação do meio ambiente, iniciaram-se, mais que depressa, estudos e ações com o objetivo de frear o desgaste até então imposto à natureza, em todos os cantos do planeta Terra. Contudo tais iniciativas surgiram, não apenas pela constatação da ação humana prejudicial ao meio ambiente, mas, principalmente, pelo reconhecimento de que os desmandos do Homem, resultavam em prejuízo à sua própria sobrevivência.

A conjugação de fatores sociais, econômicos, políticos, ideológicos tem oportunizado reações em todos os cantos do Planeta e, grande parte das nações, incorporaram em seus ordenamentos internos, leis de proteção ambiental definidas a partir de compromissos firmados em acordos internacionais, que tiveram por esteio conferências como a de Estocolmo em 1972 e a ECO-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

A criação de leis, portanto, foi uma das alternativas apresentadas para alcançar o objetivo precípua de preservação ambiental. Naturalmente há um marco, a contar a partir do final da primeira metade de século XX, nas legislações dos países de um modo geral. Antes disto as leis não tinham a intenção efetiva e específica de proteção ao meio ambiente, mas sim de regular a conduta humana por motivos diversos, em especial no que tange ao exercício da propriedade.

Durante a década de 1960 a questão ambiental tomou consistência, mas somente após a realização de eventos de abrangência internacional, como a Declaração Universal do Meio Ambiente, oriunda da Conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972, é que grande parte da Sociedade Internacional se debruçou sobre a problemática ambiental.

Os países passaram a criar leis de proteção à natureza: à fauna, à flora, aos recursos naturais, enfim, a tudo ou quase tudo, que diz respeito à natureza e à sua proteção. O comportamento no que diz respeito à relação do Homem com os recursos naturais passou a ter tal importância que não poderia deixar de ser regulado por um sistema de normas.

É válido considerar que o império da lei recai sobre o comportamento, exigindo que o Homem norteie a sua conduta, visando, também tornar o meio ambiente sadio, por ter percebido, na atualidade, que essa condição é um direito de todos os seres humanos. A conduta do Homem em relação ao meio ambiente vem sendo a tônica da inquietação de toda a humanidade, pois disto depende a própria sobrevivência, a qualidade de vida e a permanência da espécie biológica sobre a face da Terra.

O debate está aberto. Nele são colocados questionamentos conceituais de importância mundial, que enveredam por aspectos de natureza ética, jurídica, econômica e social. São abordados, constantemente, temas como a qualidade de vida, desenvolvimento sustentável, recursos esgotáveis, recursos inesgotáveis, recursos naturais, dignidade da pessoa humana, preservação e princípios ambientais, penais, tributários, e também, os conflitos de interesses de leis entre as nações.

1. A Identificação Econômica e a Identificação Jurídica

O tema tem merecido especial atenção das mais diversas áreas de conhecimento. Da cultura à ciência, da economia à saúde. A noção de meio ambiente e todas as suas peculiaridades, vem desempenhando papel de fundamental importância para um conjunto cada vez mais expressivo de interesses em todos os segmentos da sociedade.

Afirma Miguel Angel Del Arco Torres¹ :

“É tão sério o problema e tão variadas as perspectivas de análises, que a preocupação pelo cuidado de nosso meio ambiente se converteu em objeto das mais diversas disciplinas”.

Ao tratar do meio ambiente, o artigo 225 da Constituição Federal, o determina, com clareza cristalina, como sendo um bem jurídico que a todos pertence, e, por conta de exercer plenamente tal propriedade, todos devem preservá-lo, dele se utilizando e usufruindo de forma limitada, respeitando os demais interessados. O exercício pleno da propriedade é limitado. Limitado pelos interesses de toda a comunidade.

Trata-se de um interesse sem fronteiras e, segundo uma noção de bem comum, que ultrapassa os limites do Estado e que merece ser analisado mediante o entendimento da expressão “vontade geral” exposta por Dalmo de Abreu Dallari ao comentar o pensamento de Rousseau² :

¹ TORRES, Miguel Angel del. **El tributo como instrumento de proteção ambiental**. Granada: Lael. Ed. 1998, p.1. “Es tan serio el problema y tan variadas las perspectivas de análisis, que la preocupación por el cuidado de nuestro entorno natural se ha convertido en objeto de las más diversas disciplinas”.

² DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo. Saraiva. 2002, p.17.

Essa associação dos indivíduos, que passa a atuar soberanamente, sempre no interesse do todo que engloba o interesse de cada componente, tem uma vontade própria, que é a *vontade geral*. Esta não se confunde com uma simples soma das vontades individuais, mas é uma síntese delas. Cada indivíduo, como homem, pode ter uma vontade própria, contrária até à vontade geral que tem como cidadão. Entretanto, por ser a síntese das vontades de todos, a vontade geral é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública. Entretanto, adverte Rousseau: “Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto que a outra olha o interesse privado e não é senão uma soma das vontades particulares.”

A preservação do meio ambiente encontra-se explícita no Diploma Maior brasileiro, como sendo uma responsabilidade do Poder Público e da coletividade e, também, um direito a ser exercido não mais plenamente e sim, mediante limitação.

Em um mesmo dispositivo constitucional, ao Homem foi concedido o exercício do meio ambiente, tanto quanto imputada a obrigação de preservá-lo, o que relativiza as condições de todos no que pertine ao meio ambiente, pois nem o Poder Público, nem o Homem, têm a possibilidade de impor “sacrifícios” ambientais que provoquem danos ao meio ambiente e, conseqüentemente, prejuízos à humanidade em proveito de um ou alguns. Esta é a máxima imposta pela Constituição Federal que decorre de uma premissa de âmbito internacional, expressa na Declaração Universal do Meio Ambiente.

Neste sentido afirma Miguel Angel Del Arco Torres ³:

O conflito entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico se tem relativizado, já que hoje podemos assegurar que a solução se encontra no equilíbrio entre ambos valores, o qual se denomina “Desenvolvimento sustentável.”

Considerando a prescrição constitucional que a todos permite desfrutar da imensidão ambiental com critérios e limitações, caberá a todos – cidadãos e Estado – o direito de encontrar no sistema judiciário a proteção contra lesão ou ameaça que, eventualmente, o Estado ou qualquer cidadão venha a impor contra o meio ambiente.

³ *Ibidem*, p.304.

A Constituição Federal, determina a possibilidade de exercer, por intermédio do Judiciário, o direito de ação, encontrando-se no artigo 5º, inciso XXXV a garantia necessária ao efetivo exercício da proteção ao meio ambiente, resguardando o presente e o futuro da humanidade.

A exaustão dos recursos naturais desperta preocupação, também, com o desenvolvimento da economia. Se até agora o Homem utilizou sem a devida parcimônia tudo o que o meio ambiente podia lhe proporcionar em prol de satisfazer suas ambições, muitas além de suas efetivas necessidades, agora é imprescindível que o Homem aprenda que a riqueza e o desenvolvimento estão justamente na preservação do meio ambiente.

A lição de Fabíola Santos Albuquerque ⁴ vem a demonstrar o alcance e a importância do tema ambiental na seara econômica, confirmando a dificuldade para se encontrar o equilíbrio entre questões antagônicas como o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental:

“Não há como impedir, nem tão pouco é interessante a estagnação econômica em prol do meio ambiente, como também não pode haver um ganho econômico indiferente àquele.”

A atuação econômica não se encontra independente da preservação ambiental, embora o desequilíbrio esteja, ainda, evidente para todos. É imprescindível que o Homem alcance um modelo de desenvolvimento compatível e equilibrado com as necessidades impostas pela natureza, sob pena de acabar com o seu próprio futuro e, por conseqüência, comprometer o restante dos seres vivos.

O tema não se restringe a conceitos de ordem jurídica apenas. Maria Luisa Faro Magalhães afirma o envolvimento de “uma multiplicidade de questões”⁵, e também a uma infinidade de conhecimentos inesgotáveis que, certamente, promoverão o aparecimento de inúmeras informações e outros conhecimentos.

A autora, ao demonstrar a importância da questão econômica menciona Martin Rock, que ao analisar a temática ecológica do ponto de vista antropológico e ético na obra *Ecologia e Economia*, aponta a identidade conceitual com a ecologia. Neste passo, Maria Luisa transcreve ⁶:

⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**, 1.ed. Curitiba: Juruá, 1999, p.93.

⁵ MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. **Responsabilidade civil por danos patrimoniais a recursos naturais difusos: o óbice da quantificação**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002, p.73.

⁶ *Ibidem*, p.73.

“... do ponto de vista léxico, ambas as áreas do conhecimento se ocupam de um mesmo objeto e são oriundas do mesmo radical “oikos”, que significa “casa”. A ecologia investiga as estruturas da organização da casa, enquanto a economia decifra a lei (nomos) para administração da mesma casa.”

A proteção ao interesse de todos e à sobrevivência da espécie humana, exige que todos os mecanismos envolvidos com a questão ambiental sejam implementados de forma racional.

Todas as áreas de conhecimento que direta ou indiretamente espelham as vantagens e prejuízos decorrentes da ação humana sobre o meio ambiente merecem ser analisadas, de imediato e, sempre que possível, de forma concomitante e com profundidade.

Retomando a expressão relativa à sustentabilidade do progresso, afirma José Marcos Domingues de Oliveira ⁷:

“Desenvolvimento sustentável consiste no progresso da atividade econômica compatível com a utilização racional dos recursos ambientais. Representa a rejeição do desperdício, da ineficiência e do desprezo por esses recursos. E a ciência tem mostrado, por exemplo, a viabilidade da substituição dos pesticidas (que geram intoxicação humana e poluição de águas superficiais e interiores) pelo controle biológico de pragas nas lavouras; a reciclagem de diversos materiais como metais, vidros, papéis e até plásticos; a substituição de combustíveis fósseis (reconhecidamente limitados e poluidores) por combustíveis renováveis, de fontes infinitas e não-poluentes.” (Grifos nossos).

Países em desenvolvimento e países desenvolvidos podem se aproveitar das inovações e dos avanços já alcançados e que permitem a marcha do progresso com a devida parcimônia no trato com o meio ambiente.

O desenvolvimento econômico é, ao mesmo tempo, pressuposto e resultado do progresso e do afastamento da pobreza. A atualidade das relações internacionais demonstra que as nações impõem sua independência segundo o seu próprio

⁷ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.12.

desenvolvimento, que se determina, também, pelas condições de vida das pessoas, não apenas em termos econômicos, mas também tomando em consideração a qualidade ambiental. Tudo de forma comparativa – países em desenvolvimento com as suas peculiaridades em relação aos países desenvolvidos, que também têm as suas particularidades.

As dificuldades a serem transpostas pelos países em desenvolvimento são significativas, como afirma Ricardo Bicudo⁸:

“As condições atuais que enfrentam para viabilizar projetos de infraestrutura são barreiras difíceis de serem transpostas. Pelo menos três merecem atenção: usam modelos de engenharia inadequados à sua realidade, em geral adaptados ao Primeiro Mundo; estão sob a vigência de uma ordem econômica complexa e cruel – a economia de mercado –, que impõe verdadeiros malabarismos no ajuste de parâmetros técnicos e econômicos às leis do ‘deus mercado’, e encontram-se sob o jugo imaturo e dispendioso dos licenciamentos ambientais, o principal objeto das discussões da hora.”

A estruturação de políticas públicas equilibradas que tenham como orientação a preservação do meio ambiente, mediante a contabilização dos prejuízos ambientais, dos custos de recuperação, ou mesmo dos investimentos realizados para a proteção da natureza, tanto pelo Poder Público, quanto por particulares, certamente resultarão em normas jurídicas que, porém, não terão o condão de transformar a realidade atual, se o Homem sentir-se deslocado nesta relação, a ponto de se ver desprotegido e desprestigiado.

As discussões em torno da questão ambiental demonstram o embate de interesses que permeia o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. De um lado a necessidade imediata de sobrevivência e, de outro, a necessidade de preservação ambiental para a conservação do próprio Homem sobre a Terra. Duas situações que a despeito de parecerem antagônicas, na verdade se complementam.

⁸ GAZETA MERCANTIL. Bicudo, Ricardo. **Desenvolvimento e meio ambiente**. (pág. A-3, 26.01.2004).

A atuação do Homem em prol do meio ambiente merece ser regulada pelo Direito, que tem o condão de estabelecer os limites da atividade humana no que se refere a questões de qualidade econômica, política, social, etc. Contudo, a natureza somente terá vez quando o Homem também tiver, como afirma, Ricardo Bicudo: “O Homem só protegerá a natureza na medida em que se sentir protegido na sociedade em que vive.”⁹

2. Fundamentos Jurídicos para o Desenvolvimento Sustentável

Pode ser observada no presente ensaio em seu sentido amplo, a norma jurídica encontra-se inserida em um sistema normativo positivado que prescreve condutas específicas que dirigem o comportamento social. Afirma Paulo de Barros Carvalho que “... as normas jurídicas formam um sistema na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador.”¹⁰

O sistema jurídico é caracteristicamente dinâmico, embora sofra de dificuldades já anteriormente mencionadas neste texto, no que se refere à prescrição legislativa, vez que o processo da criação até a aprovação de uma lei é lento e, muitas vezes, reflete interesses divergentes, mesmo que em plena concordância com a Carta Fundamental.

Adstrita ao sistema jurídico, a lei tem um campo de aplicação previamente limitado. Afirma André Franco Montoro que “Toda norma jurídica tem, assim, um âmbito temporal, espacial, material e pessoal, dentro dos quais ela tem vigência ou validade.”¹¹

A limitação, porém, não protege a norma dos eventuais conflitos. Especialmente nestes tempos em que as nações e os povos desenvolvem toda a sorte de negócios que não se restringem mais a um espaço físico específico e delimitado e sim transpõem fronteiras e alcançam os locais mais remotos e as civilizações mais distantes.

Aliás, o que existe hoje é o desenvolvimento exacerbado de relações existentes desde sempre. O Homem nunca ficou recluso a um espaço físico determinado. A própria sobrevivência lhe exigia buscar novos horizontes. Contudo sua limitação era física, pois não detinha o conhecimento suficiente para alcançar tão rapidamente como hoje, outras paragens. Atualmente a humanidade se inter-relaciona em um piscar de olhos via INTERNET e faz negócios de milhões e que devem ser normatizados.

⁹ *Ibidem*, pág. A-3.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.132.

¹¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Para Josycler Aparecida Arana dos Santos ¹² :

“O Direito, enquanto ordenamento positivo, possui um número infinito de leis, todas com aplicação prática diária, quer em âmbito restrito a determinado grupo de pessoas, quer dirigidas a toda a coletividade, possuindo forte conteúdo coercitivo, no caso de seu não cumprimento por aqueles a quem obriga (pessoas, empresas, associações, etc.).”

A lei, de um modo geral, realiza o seu objetivo de proteger os interesses, em razão de suas características de generalidade e abstração, dentre outras, e segundo a interpretação mais adequada, poderá ser utilizada sempre que houver conflito, sobretudo nesta era da informação e comunicação imediata.

A norma é de vital importância para delimitar o comportamento. Eventos internacionais, vêm se traduzindo em paradigmas da condição do Direito de um modo geral e em relação ao meio ambiente. Verdadeiros embriões da legislação internacional, tais acontecimentos passam a exercer influência prática sobre o ordenamento jurídico interno, à medida em que os legisladores os tomam como referência.

José Marcos Domingues de Oliveira ao mencionar sobre os preparativos da Eco-92 afirma ¹³ :

“Um ano antes, em evento preparatório à Conferência, reunira-se no Rio de Janeiro a CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, comprometendo a comunidade jurídica nacional e estrangeira com a busca de um futuro melhor, em cujo esforço *é imprescindível o concurso do Direito como instrumento regrador da conduta humana*, não só estratificando padrões éticos consolidados, como apontando diretrizes e metas para a satisfação dos anseios mais profundos do Homem.” (Grifos nossos).

¹² SANTOS, Josycler Aparecida Arana dos. **A importância do princípio da estrita legalidade**. Mestrado em Direito – UEL, Londrina, 2004, p.2.

¹³ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.8.

O ordenamento jurídico interno sofre a influência paradigmática dos diplomas criados pela comunidade internacional e, diante dos caminhos que o Homem vem percorrendo, transcende as fronteiras dos Estados com um enorme poder de produzir novas perspectivas à humanidade. Para José Marcos Domingues de Oliveira “... o Direito é poderosa ferramenta de transformação.”¹⁴

Arma esta que não se esgota e não se limita ao tempo e ao espaço.

Importa ressaltar que nas relações internacionais, muitas vezes, mais de uma legislação deve ser apreciada. Conforme André Franco Montoro¹⁵:

“... o fenômeno moderno da multiplicação de relações jurídicas em que figuram pessoas, bens ou atos regidos por legislações de países diferentes dentro da comunidade internacional, coloca, com frequência, o problema de se determinar qual a lei aplicável em cada caso. Trata-se do problema do conflito das leis no espaço...”

A norma jurídica ambiental, assim como as demais normas, cumprem as suas determinações segundo o ordenamento a que pertencem, carregadas de influências culturais e econômicas.

É um componente do sistema e, segundo André Franco Montoro, “Toda lei, em princípio, tem seu campo de aplicação limitado no espaço pelas fronteiras do Estado que a promulgou. Chama-se a isso territorialidade da lei.”¹⁶

Há oportunidades, contudo, em razão da expressiva carga de relações negociais internacionais, em que as leis estrangeiras podem ser aplicadas em território nacional e vice-versa. Isto se configura por conta da necessidade de oportunizar a facilitação das relações internacionais. O que vem sendo implementado por grande número de Estados.

A questão ambiental, por sua vez, transcende as fronteiras territoriais de um país. Os efeitos da ação do Homem sobre o meio ambiente não ficam restritos a uma localidade, mas se propagam, sem que se possa estabelecer um limite, e muitas vezes, é impossível identificar, de imediato a extensão dos danos e seus reflexos diretos e indiretos no meio ambiente e nas pessoas.

A norma jurídica ambiental não deve se ater apenas às conseqüências relativas ao prejuízo ocasionado ao meio ambiente. Antes disto é necessário que se busque regular as condutas que antecedem o dano, atuando, portanto, preventivamente.

¹⁴ **Ibidem**, p.8.

¹⁵ **Ibidem**, p.389.

¹⁶ **Ibidem**, p.396.

Afirma Fabíola Santos Albuquerque ¹⁷:

“Muito mais que reparar danos, é muito mais eficaz e ambientalmente correta a prevenção, pois, em regra, as agressões ao meio ambiente são de difícil ou impossível reparação, sem contar com as incertezas e os custos.”

A despeito da orientação principiológica apresentada, o que se evidencia é o conflito entre normas de países diferentes, conforme a mesma autora ¹⁸:

“Nem a relevância da matéria e o seu reconhecimento como tal o fazem escapar dos vícios do legislativo, principalmente se levarmos em consideração o compromisso assumido de harmonizar a legislação ambiental dos países do Mercosul.”

Sem dúvida o sistema legislativo ambiental brasileiro, ainda que tenha marcados avanços, guarda dissonância com as necessidades atuais em nível internacional. Trata-se de um modelo arcaico e impositivo da intervenção do Estado e que nega a existência do processo integracionista e dos tratados internacionais que possam cuidar da matéria ambiental com mais desvelo sem a perda da soberania.

O sistema jurídico instituído pelo Estado deve sua força e coesão aos princípios jurídicos que regem a totalidade do Direito, o que não o protege das mazelas decorrentes do conflito de leis, do descumprimento, das lacunas etc. É importante salientar que as dificuldades não se apresentam apenas quanto à questão ambiental, mas também no que tange a outras matérias e interesses. Assim, a norma jurídica, de um modo geral, sofre conseqüências das dificuldades evidenciadas, tanto no plano interno quanto internacional.

3. Considerações Finais: Uma Proposta Normativa e o Conjunto Multidisciplinar de Interesses

A realidade ambiental tem apresentado diversos matizes que sequer foram explorados; outros tantos que, apesar de significativamente pesquisados, merecem, ainda, a atenção dos estudiosos das mais diversas áreas das ciências, em razão das transformações que se operaram no mundo desde que o meio ambiente passou a ter a consideração maior no sentido de preservação da vida humana no Planeta.

¹⁷ *Ibidem*, p.271.

¹⁸ *Ibidem*, p.272.

O conhecimento da área envolve inúmeros conceitos, não apenas jurígenos, mas também outros que não devem ser desprezados, pois trata-se de um segmento abrangente que exige dedicação plena no sentido de decifrar os aspectos norteadores do contexto histórico, sociológico, sócio-econômico, entre outros e que interessam à humanidade, pela influência direta que têm sobre a vida do Homem e dos demais seres de todo o planeta.

A opção pela exploração dos recursos naturais, em razão da expansão de atividades econômicas escancara problemas que ultrapassam as fronteiras dos Estados, colocando em cheque questões sequer mencionadas neste trabalho, como a ética, com incontáveis exemplos noticiados pela imprensa e que demonstram a guerra mundial pela lucratividade, a despeito do prejuízo econômico causado às nações – dentre elas encontra-se o Brasil, além da degradação ambiental decorrente da atividade exploradora e que não tem fronteiras.

O reconhecimento da relação existente entre os fatores de produção com os fatores sociais, políticos, filosóficos, sociológicos, históricos, econômicos, culturais, jurídicos, ambientais e outros tantos, é condição fundamental para a mudança da mentalidade da humanidade e para a sua existência digna.

Quanto ao dano ambiental, é imprescindível reconhecer que nem sempre está restrito a um território específico e, portanto, o campo de aplicação da norma jurídica ambiental não deve, também, se restringir, sob pena de não atender ao objetivo para o qual foi criada.

Diante desta realidade, no que se refere às relações internacionais, é necessário o empenho no sentido de melhor adequar a questão ambiental à questão legislativa. Caso contrário, tanto o Brasil quanto os demais representantes da Sociedade Internacional, permanecerão na contramão da História, no que se refere às noções atuais do processo de desenvolvimento.

O desenvolvimento sustentável representa, portanto, a soma das alternativas encontradas para a preservação do meio ambiente e promoção do progresso econômico sem prejuízo ambiental, com justiça social, incluindo-se a este conjunto de fatores a harmonização da legislação interna com a internacional e convergência entre elas, além do desenvolvimento científico, tecnológico, educacional, cultural, apenas para exemplificar, incorporado pelo Homem a partir do momento em que se sinta confiante e seguro de cumprir os seus deveres e ciente de que seus direitos serão respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, **Direito de propriedade e meio ambiente**. 1.ed. Juruá, 1999.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, **O meio ambiente como objeto do direito no Mercosul**, *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, out/dez 2000, ano 37, n.149, p.265 a 274.
- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **MERCOSUL: manual de direito da integração**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- BRUNET, Karina. Crise do Estado: participação e solidariedade. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, n.152, out/dez 2001, p.205 a 213.
- CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**. 14.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- COSTA, Eduardo Nascimento, **O papel da contabilidade como ciência geradora de informações na sustentação de um posicionamento estratégico da empresa frente às questões ecológicas**, Dissertação de Mestrado, Universidade Norte do Paraná, (UNOPAR), Londrina, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de teoria geral do Estado**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRETTI, Eliane Regina. **Turismo e meio ambiente – uma abordagem integrada**. São Paulo: Roca, 2002.
- GAZETA MERCANTIL. Bicudo, Ricardo. **Desenvolvimento e meio ambiente**. (pág. A-3, 26/01/2004).
- GODOY, Arnaldo Moraes. **Fundamentos filosóficos da proteção ambiental**, www.arnaldogodoy.avd.br (Londrina) 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. **Responsabilidade civil por danos patrimoniais a recursos naturais difusos: o óbice da quantificação**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.
- MARINS, James. (Coord.). **Tributação e meio ambiente**. (Livro 2). Curitiba: Juruá, 2002.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**, 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente:**



proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Considerações sobre a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação brasileira: O caso do MERCOSUL. **Jus Navigandi**, p.1, 2001.

SANTOS, Josyler Aparecida Arana dos. **A importância do princípio da estrita legalidade para o direito tributário.** Tese Mestrado, Universidade Estadual de Londrina- UEL, Londrina. 2004.

TORRES, Miguel Angel Del. **El tributo como instrumento de protección ambiental.** Granada: Lael Ed., 1998.

ZANETTI, Eder. **Meio ambiente – globalização e vantagem competitiva das florestas nativas brasileiras.** Curitiba: Juruá, 2003.

www.mma.gov.br (Mercosul/SGT-6 Resumo Histórico). 2003.



A MEDIAÇÃO COMO FACILITADORA DO ACESSO À JUSTIÇA E AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

*Deborah Lídia Lobo Muniz**

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade apresentar a mediação como sendo uma das formas eficazes na facilitação do acesso à justiça, levando a soluções rápidas e pacíficas dos conflitos. Através da mediação, o cidadão não necessita abrir mão de seus direitos e nem a justiça ficará assoberbada, e ainda prestará um serviço de melhor qualidade e mais rápido. E o cidadão exercerá a sua cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos; Contendas; Divergências; Desordem; Luta; Peleja; Choque; Embate; Guerras.

INTRODUÇÃO

Quase que ao mesmo tempo em que surge o Homem na face da Terra passam a existir os conflitos; isto ocorre porque cada indivíduo tem uma maneira própria de encarar a vida e de perceber o mundo e o outro.

Através da História tem-se ensinado que a GUERRA e que os conflitos são inerentes à natureza humana, pois, através deles é que se tem resolvido os problemas entre os sócios, os familiares, os vizinhos, os clãs, os povos e as nações. Quando alguém se sentia ameaçado, imediatamente partia para o ataque, o que se percebe pelo estudo da História que mostra através dos tempos que os seres humanos não acharam outros meios para solucionar seus conflitos senão através da disputa.

Por procurar entender essa dificuldade em solucionar seus conflitos de forma pacífica, o Homem tem buscado explicações ao longo do tempo.

* Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Mestranda em Direito Público, Estado e Cidadania na Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

E-mail: deborah@sercomtel.com.br

“A filósofa Hannah Arendt, já no século XX, indicou como principal motivo para a persistência das guerras, não a vontade secreta de morrer da espécie humana nem os lucros obtidos pela indústria bélica, mas o simples fato das guerras funcionarem como juizes supremos das divergências entre as nações.

No caso dos conflitos, mesmo pagando um alto preço, a luta entre os adversários funciona como juiz supremo. A coação e a força têm a vantagem de ser uma linguagem compreendida por todos. Quando um lado perde, resolve-se o conflito, pelo menos momentaneamente.

O que nos impede de chegar à paz, então, mais do que qualquer outro fator é a falta de alternativas para a coação quando o conflito se torna grave.”¹

Buscamos auxílio para chegar à paz através da justiça e durante o processo percebe-se que alguém sempre vai sair dali insatisfeito, e até considerando-se aviltado em seus direitos. Mas sem a justiça, apesar de morosa e complicada como saber de quem é o direito.

Acreditamos que a solução esteja no próprio indivíduo, e que o melhor caminho para se obter a justiça e ao mesmo tempo exercer nossa cidadania é através da Mediação; ao discorrer sobre o assunto fundamentaremos o porquê.

1. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nas sociedades mais simples o que se observa é o envolvimento vigilante, ativo e construtivo dos demais membros da comunidade. Willian Ury na obra supra-citada (Caps. I a IV) relata interessantes observações realizadas em comunidades de Bosquímanos e de Semais: pode-se constatar, através dessas observações, que na existência de um conflito toda a comunidade se envolve, todos se reúnem para conversar, conversar e conversar. Cada pessoa tem a oportunidade de dizer o que pensa. É um processo aberto e abrangente e que pode levar dias, até que se solucione toda a contenda. Os membros da comunidade se empenham em descobrir quais dentre as regras sociais foram desrespeitadas para produzir tal discórdia e o que é preciso fazer para restabelecer a harmonia social. A essa forma de discutir e solucionar os problemas os Bosquímanos dão o nome de KGOTLA e os Semais de BCARAA. Diferente das formas comuns de solução

¹ URY, Willian. **Como chegar à paz, resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.

de litígios que vemos atualmente, onde um juiz diz quem tem a razão e um lado ganha e outro perde, no modo de agir destes povos, o que se busca é uma solução permanente que sirva para ambas as partes e que seja aceita pela comunidade.

Esses grupos culturais não “sossegam” enquanto não solucionam o problema e assim não permitem que as partes saiam do processo sem uma solução, pois, poderiam restar ressentimentos que trariam mais problemas no futuro para a comunidade. Questionados quanto aos problemas havidos com outros grupos, eles afirmaram que agem da mesma forma e que um grupo vai até o outro ou o convoca para tentarem uma solução. Nessas comunidades tem-se a noção de que a parcialidade atrapalha na solução das dificuldades e, até mesmo quando são envolvidos parentes, é imprescindível não se tomar partido.

O mais interessante é a busca e a aprovação de meios alternativos de lidar com problemas por meio de conversa, e a desaprovação da força para tal finalidade, pois, dessa forma, todos lucram com a contenda, pois, aprendem a lição de como lidar pacificamente com frustrações e diferenças. Essas lições e formas de solução são aplicadas até mesmo nos problemas havidos em brigas entre crianças, criando-se então grupos de discussão infantis como forma de aprendizado.

Apesar das enormes diferenças entre a nossa sociedade e as sociedades mais simples como as acima citadas, pelo menos em um aspecto os desafios são semelhantes: como desenvolver meios próprios para resolver as diferenças havidas de forma cooperativa, sem a necessidade de coação; e como mobilizar os membros da comunidade para essa finalidade?

O primeiro ponto seria não mais encarar o conflito como uma situação envolvendo dois lados apenas, A X B, pois, todo conflito ocorre dentro da sociedade, da comunidade, que constitui um terceiro componente em qualquer litígio. Esse terceiro lado é a comunidade circunjacente, que serve de recipiente para qualquer conflito e que gradualmente vai assumindo proporções mais amplas. Na ausência desse recipiente, um conflito grave entre duas partes, facilmente se transforma em contenda destrutiva; porém, dentro do recipiente, pode-se pouco a pouco se transformar o confronto em cooperação; o “terceiro” age como uma espécie de sistema imunológico social que impede a disseminação da violência. Nas sociedades modernas essa “comunidade” existe na forma de parentes, amigos, vizinhos, clérigos, e profissionais treinados para mediar a solução de conflitos.

William Ury traz ainda dados estatísticos da utilização do método dos Bosquímanos em escolas dos EUA, das quais mais de cinco mil, estão utilizando a técnica. Os jovens e as crianças são preparados para atuarem como mediadores dos problemas surgidos entre os colegas. O mais interessante, e que difere dos mediadores profissionais dos tribunais, é que esses estudantes vão em busca dos problemas geradores dos conflitos para solucioná-los. Com essas medidas tem-se

conseguido uma diminuição sensível nas suspensões e advertências por indisciplina, violência e disputas entre os alunos. Só para dar uma idéia, a diminuição é hoje cinquenta vezes menor do que quando se começou a aplicar o programa; acrescenta-se ainda mais um dado promissor: este tipo de procedimento tem sido utilizado também em vários países da Europa com a obtenção de resultados semelhantes.

Falamos até aqui do “terceiro” de forma geral e de como tem-se incentivado mudanças na formas de resolução de conflitos e do resgate da maneira como as comunidades mais simples o fazem.

Na nossa sociedade:

“...os conflitos de interesses são percebidos sob uma dupla dimensão; de um lado o conflito jurídico envolvendo direitos violados ou supostamente violados, e, de outro o conflito social, envolvendo as relações entre indivíduos que desestabilizam a sociedade e que nem sempre são reestruturados, muito embora, juridicamente, tenha-se solucionado o conflito emergente, a insatisfação permanece latente entre os indivíduos; em realidade não se trata, o conflito, simplesmente de meras questões materiais, mas também subjetivas e emocionais.”²

É fato que ocorre uma quebra no vínculo estabelecido entre as pessoas e que este vínculo poderá ou não ser restabelecido depois da disputa.

É interessante interpretar porque os indivíduos reagem dessa maneira; bem, quando o juiz decide, ele o faz com base em fatos e no direito; essa decisão nem sempre satisfaz a ambas as partes, pois “alguém” diz que um tem direito e o outro não. Resolve-se o problema, a lide processual, sem levar-se em conta os outros fatores, de ordem relacional, pessoal, emocional, negocial, etc... que ali estão inevitavelmente envolvidos.

A **mediação**, de forma diversa, ao trabalhar na solução dos conflitos, leva em conta todos os elementos envolvidos, estuda a fundo os casos e os indivíduos antes de apresentar opções de solução para os conflitos; viabiliza a pacificação com a efetiva participação dos envolvidos; estes é que irão efetivamente resolver o problema através do exercício de sua autonomia; eles é que darão, em última análise, a resposta para que os conflitos possam ser dirimidos, e a forma como deverão ser administrados, e ao fazê-lo ocorrem três coisas interessantes para a sociedade: os acordos firmados pelos mediados é cumprido na grande maioria dos

² GRUNWALD, Astried Brettas. **A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito.** www.jusnavegandi.com.br - 2002.

casos, as partes saem da disputa sem animosidades ou ressentimentos mútuos e, finalmente, ao participarem da solução exercem verdadeiramente **sua cidadania e se tornam responsáveis pela solução e pelo gerenciamento de seus conflitos. Pode-se inferir, com certo grau de certeza, que saem mais fortalecidos e preparados do processo.**

Warat refere que:

“As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.”³

Como mecanismo alternativo de caráter extrajudicial e autônomo, a mediação, privilegia a conciliação entres as partes e o restabelecimento das relações sociais. O papel do mediador é conduzir os envolvidos na busca da compreensão dos pontos fracos e fortes de seu problema, a fim de criar uma solução onde todos ficarão satisfeitos. Seu objetivo principal é, desta forma, não a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas, a busca do apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia, percebendo-se que tais partes são indivíduos sociais e assim encontrar uma solução que seja boa para ambos.

2. CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO MEDIAÇÃO

A **mediação** tem características peculiares como o sigilo, pois diferentemente da justiça comum, não tem o caráter da publicidade; apenas as partes envolvidas e o mediador têm acesso aos dados referentes à controvérsia e à solução dada pelo processo de mediação; outra peculiaridade que a torna mais próxima das partes é a informalidade pois, a formulação dos pedidos não requer o formalismo

³ WARAT, Luiz Alberto. Mediación el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, n.4, p.09, 2000 (Londrina).

da justiça comum; as discussões e os requerimentos, assim como as sugestões que as partes tenham a fazer são feitos de forma verbal, o que as aproxima, ao contrário do formalismo existente no procedimento judicial, no qual o “ritual” afasta as partes umas das outras e do Juiz. Também é bastante atrativo o baixo custo do procedimento de **mediação**, resultante do fato de que com a mediação o único gasto financeiro é para com a figura do mediador, o qual deverá ser pago por ambas as partes. Diferentemente do processo judicial não há despesas, não há custas a serem pagas e nem mesmo honorários advocatícios, desde que a participação de advogados é facultativa. Outro ponto que torna a **mediação** atrativa é a celeridade, resultante da própria informalidade dos procedimentos; salientando-se que a maior celeridade será obtida na hipótese de uma menor conflituosidade emocional entre as partes envolvidas. A redução do desgaste emocional das partes é efetiva pois o mediador tem o condão de facilitar a conversação dos indivíduos de modo que possam, de uma forma pacífica, sem cargas emocionais ou ressentimentos, chegar a um acordo e até voltar no dia seguinte a se relacionar como se nada tivesse ocorrido entre eles.

Analisando as características da **mediação** percebe-se que a possibilidade de discutir os problemas de forma privada e informal leva ao estabelecimento de uma relação de confiança entre as partes e o mediador, pois as informações e argumentos exarados em cada caso só poderão ser revelados se houver a concordância entre as partes; caso contrário, nada poderá ser aventado. Também a economia de tempo e dinheiro é outra vantagem da **mediação**, já que os conflitos são solucionados mais rapidamente, e de forma que os adversários, ao deixarem a mediação, não se percebem mais como tal, pois o objetivo da **mediação** não é o de dizer quem tem razão, mas sim de prevenir conflitos, pacificando as relações sociais entre as partes; a autonomia das decisões que são tomadas com o auxílio do mediador, mas aceitas pelas partes em conflito, onde elas dizem o que farão, de acordo com o que for melhor para cada uma, em prol do restabelecimento da paz social e, em última análise, o procedimento leva ao equilíbrio das relações entre as partes, estando estas em perfeita igualdade de tratamento, viabilizando assim a pacificação definitiva das relações entre elas.

O resultado faz mais do que meramente resolver um conflito, transforma adversários em colaboradores, estimula e vitaliza a comunicação entre os indivíduos em conflito, de modo a proporcionar aquilo que a jurisdição pública não possui condições de oferecer (devido às suas próprias características): a rapidez e a satisfação entre as partes que, dessa forma, poderão restabelecer as suas relações.

“ Nesta perspectiva, faz-se necessário perceber que a justiça acompanha a evolução do Homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessário uma adaptação, eis que faz parte de qualquer processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes, as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes, através de meios alternativos.”⁴

O Estado exerceu papel fundamental quando da organização do Homem em sociedade, porém, ao mesmo tempo, representou o principal empecilho para o seu acesso à justiça, no momento em que concedeu inúmeros direitos e garantias ao cidadão sem, no entanto, possuir uma estrutura que suportasse a realização material de tais direitos e garantias e, conseqüentemente, impedindo o pleno exercício da cidadania.

Assim sendo, se nos aventurarmos pelo sistema tradicional de solução de controvérsias, perceberemos que a mediação surge promovendo a autonomia do indivíduo, induzindo-o ao pleno exercício de sua cidadania e, conseqüentemente, a concretização da democracia.

A **mediação** não é uma justiça alternativa, e muitos indivíduos, por vezes, assim a percebem, mas sim um meio alternativo no sentido de sua coexistência com a atividade jurisdicional do Estado, buscando nele amparo legal concreto e não apenas interpretações alheias às normas pré-constituídas. A **mediação** tem a propriedade de educar e ajudar a identificar as diferenças, promove a tomada de decisões sem que seja necessário um “terceiro” que decida o conflito pelos indivíduos, simbolizando, portanto, um instrumento prático de exercício da cidadania.

Vem como sendo um meio eficaz de suprir as exigências da sociedade atual, que necessita de um meio ágil e eficaz de solução de conflitos ante à pouca efetividade da tutela jurisdicional e dos obstáculos que o cidadão encontra para ter acesso á justiça.

“Devendo dar-se respaldo aos novos meios compositivos de conflitos numa perfeita concretização do justo e impedindo-se, desta forma, a injustiça legalizada pois caminham lado a lado o Poder Judiciário e os mecanismos alternativos, devolvendo ao Estado a legitimidade perdida.”⁵

⁴ WARAT, Luiz Alberto. **A mediação**. Disponível Em:[http:// www.almed.org.br](http://www.almed.org.br) Acessado em: 10/08/2002.

⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Rt, 1999, p.126.

3. MAS O MEDIADOR QUEM É?

É um indivíduo da comunidade, que lança mão de certo tipo de poder (o poder dos iguais), baseado em uma certa perspectiva (com fundamentos para proporcionar o entendimento mútuo), que apóia determinado método (diálogo e não violência) e que tem como objetivo certo produto – uma vitória tripla.

O “terceiro” não diz de forma autoritária o certo e o errado, mas mostra caminhos através da persuasão que estão em acordo com a vontade das partes e que serão benéficos para essas partes e para a comunidade. Influencia, mesmo que não fale, pois, sua simples presença fará com que as pessoas moderem mais o que falam e controlem mais o seu comportamento.

Apesar de sempre pensarmos que existem apenas dois lados em um conflito, é o olhar externo do terceiro, essa outra perspectiva, que tornará possível avaliar melhor e de forma mais isenta o problema, fazer com que as partes conversem, e se expressem a respeito de seus interesses.

A presença do “terceiro” é um não à violência, quando faz com que os opositores se conttenham com a sua presença e, de formas clara, representa um sim ao diálogo e à paz.

O “terceiro” se empenha por encontrar uma solução que satisfaça às necessidades das partes e, ao mesmo tempo, satisfaça também às necessidades da comunidade. Essa é a tripla vitória de que falamos anteriormente.

4. O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA

“Segundo as estatísticas, anualmente oito milhões de novos casos tem sido impetrados.”⁶

O problema do acesso à justiça já era preocupação desde antes da Constituição de 1988. O então Ministro da Desburocratização Hélio Beltrão, já em 1982 percebeu a inadequação da estrutura judiciária; em razão dessa precariedade material do aparato judiciário observava-se que as causas de menor valor não eram impetradas pela população em razão de sua inviabilidade econômica; o que obstruía o acesso à justiça.

Tribunais como o do Rio Grande do Sul, o da Bahia e do Paraná passaram a testar mecanismos extrajudiciais de composição de litígios. E entre estes meios encontravam-se a **Mediação** e a **Arbitragem**, os quais mostraram-se eficientes e adequados à rápida solução das controvérsias a eles submetidos. A experiência deu tão certo que originou os juizados especiais cíveis e criminais, federais e estaduais, que atuam em todo o país com o intuito de desafogar o sistema judiciário.

⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **idem**.

Ao se institucionalizar a **mediação**, a transação e a conciliação, nos juizados, nos quais as partes são obrigadas a passar previamente antes da realização do procedimento de instrução e julgamento ou pelo processo da arbitragem, o procedimento torna-se célere, simples, seguro e com a garantia do devido processo legal em todas as suas fases.

Essa iniciativa acabou sem qualquer imposição pelo fato de conscientizar a população em geral, e em especial o fez com aquela faixa mais carente, de que seus direitos seriam respeitados; levou esses indivíduos a perceber que o conhecimento e a defesa dos direitos fundamentais é essencial para que se possa exercer plena e eficazmente a cidadania; os indivíduos passaram a buscar a solução dos seus “direitos” sem ter que deles abrir mão por causa das dificuldades de acesso à justiça. Houve uma mudança na mentalidade da população, em especial a mais carente, que passou a não se sentir mais tão desamparada.

Essa mudança conceitual levou à percepção de que renunciar aos direitos é renunciar à condição de cidadão. As soluções que antes eram buscadas à margem da ordem jurídica e que, na maioria das vezes, se mostrava ineficaz e, muitas vezes acarretando problemas maiores, deixou de ser praticada. A parcela da comunidade que se via totalmente refém da situação e da ausência de qualquer regra ou lei, mesmo que não tendo poder econômico, passou a vislumbrar um caminho e a poder implantar a sua condição de cidadão.

Infelizmente, uma parte da população brasileira ainda vive à margem dessa condição, desconhecendo a nova realidade e as portas de acesso à justiça que ela propicia.

O acesso à justiça, antes da Constituição de 1988, era uma simples garantia formal existente dentro da estrutura arcaica, complicada e carregada de ônus pecuniário, difícil ou impossível de ser suportado pelo cidadão comum. Era inviável para a população, de forma geral arcar com os custos de uma Ação Judicial. A tutela jurisdicional que até a Constituição Cidadã era restrita a interesses individuais passou a atender aos interesses coletivos; o acesso à justiça começou a ser real, passando a representar um direito efetivo.

Houve um redirecionamento sistêmico e a Constituição da República passou a viabilizar o acesso ao Judiciário através de uma nova concepção dessa promessa de acesso à justiça que começa a se tornar real, instrumentalizada no Mandado de Segurança Coletivo, que consagrou a tutela jurisdicional coletiva, na Ação Popular, na Ação Civil Pública e em outros instrumentos de representação coletiva.

Além disso, o aumento populacional provoca a elevação no número de interações entre as pessoas, essas interações levam a disputas pelo mercado de trabalho e pela obtenção de ganhos, pela melhoria da qualidade de vida, levando ainda a uma necessidade crescente de acionar uma entidade ou alguém, na tentativa de solução dos problemas que não podem ser resolvidos diretamente pelos

envolvidos. Com a multiplicação dos conflitos torna-se cada vez mais crescente a demanda pelo acesso à justiça.

Essa tendência de ampliação das possibilidades de acesso à justiça pôde ser sentida no Brasil a partir de 1988, após o advento da Constituição Federal, também conhecida como Constituição-Cidadã. Com ela, o cidadão comum faz a redescoberta da Justiça.

Essa redescoberta por parte do cidadão, porém, não é acompanhada por uma adequação da estrutura do poder judiciário para receber adequadamente a “enxurrada” de novas ações; ao abrir as portas da Justiça houve um afluxo desenfreado na busca pela tutela jurisdicional do Estado, porém este não é capaz de aparelhar essa justiça adequadamente; então, ingressam milhões de ações impetradas anualmente na busca de uma solução e “entopem” o sistema, que ainda não tem mecanismos para processar e dar vazão a tantos litígios.

Essa ânsia por justiça, que acabou por lentificar todo o processo do sistema judiciário; e, por dificultar o acesso à justiça e à informação em razão desses obstáculos, impede os indivíduos de exercerem a cidadania.

5. A CIDADANIA

Todos nós experimentamos o exercício da cidadania, ou o seu desrespeito, no dia-a-dia. A realidade em que vivemos permite que alcancemos a percepção do que é cidadania a partir de uma grande quantidade de direitos que a integram; esses direitos fazem parte dos interesses e dos valores morais da vida em sociedade. Essa sociedade elenca os direitos aplicáveis e os amplia e aperfeiçoa de acordo com a realidade e com o avanço dos fatos no tempo, atingindo uma enorme gama de situações; esse aperfeiçoamento dos direitos e sua publicidade facilitam a sua identificação e a possibilidade de exigência do seu cumprimento por parte do cidadão. Permite alcançar o conteúdo que o termo cidadão designa, a partir de uma gama enorme de direitos que o integram.

“Cidadania, palavra derivada de cidade, estudada por Aristóteles, é melhor compreendida se pensarmos a cidade como o Estado. Desse modo entendida cidadania, é possível dizer que, todo cidadão, que integra a sociedade pluralista do Estado democrático, é senhor do exercício da cidadania, a qual, em síntese, é um vocábulo que expressa um extenso conjunto de direitos e de deveres.”⁷

⁷ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

Ao examinar uma faceta do problema da igualdade social conclui-se que:

“O problema não é, em última análise, se todos os homens serão iguais, pois com certeza não o serão, mas se o progresso não pode prosseguir firmemente, mesmo que vagarosamente, até que todo homem seja um cavalheiro. Afirma-se ainda que se pode dar mais valor à educação do que ao conforto, que as classes trabalhadoras podem estar aceitando cada vez mais os deveres públicos e privados dos cidadãos; mais e mais aumentando o seu domínio sobre a verdade de que são homens e não máquinas.”⁸

Em suma, Marshall dizia que quando os indivíduos fortalecem a auto-estima e o respeito próprio, como conseqüência passam a desenvolver também respeito pelos outros, e se perceberem, não como máquinas, mas como seres humanos; e o trabalho seria a forma natural de realização.

Atualmente quando falamos de cidadania nos referimos ao principal fundamento da finalidade do Estado democrático de direito, cujos pilares de sustentação encontram-se na admissão, na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana ou seja, o Estado deve possibilitar aos seus habitantes a possibilidade de desenvolvimento pleno através do exercício de um grande conjunto de direitos e deveres.

Os direitos fundamentais do Homem representam situações reconhecidas juridicamente, sem as quais o Homem é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento pleno, condição em que o indivíduo não tem que abrir mão do seu direito de buscar solução para as suas contendas e ainda pode participar ativamente, dando a última palavra para se chegar à solução. Neste contexto ele estará verdadeiramente exercendo sua cidadania.

⁸ MARSHALL, T. H. *Idem*.



6. CONCLUSÕES

Quando se afirma que exercício da cidadania e acesso à justiça é possível através do Instituto da Mediação, é porque vê-se de forma clara os seus resultados pois, a mediação não apenas resolve o conflito mas também educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados diretamente pelo conflito; ou seja, os indivíduos têm autonomia na tomada de decisão e quando se fala de autonomia e de cidadania, de certa forma, se ocupa da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação a si próprias e em relação aos outros; estar-se-á falando de autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões. Fica evidente que mediação emerge não apenas como um método alternativo de acesso à justiça mas como um instrumento eficaz de proteção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. **Acesso e saída da justiça.**
Figueira Júnior, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução.** São Paulo: Rt, 1999, p.126.
- FISHER, Roger; URY Willian; PATTON Bruce. **Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões.** Rio de Janeiro: Imago, 1994 .
- GRECCO, Leonardo. **O acesso ao direito e à justiça.**
- GRUNWALD, Astried Brettas. **A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito.** Em: www.jusnavigandi.com.br
- MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro. Zahar Editores.
- ROZICKI, Cristiane. **Cidadania: reflexo da participação política.**
- URY, Willian. **Como chegar à paz: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas; para una teoría no normativa del conflicto. **Scientia Iuris**, n.4, p.09, 2000 (Londrina).
- WARAT, Luis Alberto. **A mediação.** Disponível em: [http:// www.almed.org.br](http://www.almed.org.br)
Acessado em: 10/08/2002.



O QUE É O DIREITO? Uma análise a partir de Hart e Dworkin

Erika Juliana Dmitruk¹

RESUMO:

É elaborada uma investigação teórica sobre o que é o Direito, a partir das obras de Herbert Hart e Ronald Dworkin. São apresentados os postulados centrais de ambos teóricos sobre o Direito e o conseqüente debate havido entre eles.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito; Hart; Dworkin; Princípios; Regras; Debate Hart e Dworkin.

INTRODUÇÃO

Na linguagem corrente e entre os cidadãos, não juristas, é muito comum deparar-se com expressões do tipo: “é meu direito”...”ele tem a obrigação”...”você pode executar a dívida”...”você estava errado quando bateu no meu carro e por isso é seu dever pagar”.

Todos, juristas ou não, valem-se diariamente das regras de Direito em suas argumentações sobre o que lhe é devido, inclusive em comentários sobre o noticiário nacional.

Apesar de não se poder definir o que seja o Direito de uma maneira satisfatória a todas as correntes, uma vez que, a partir do marco teórico eleito, chega-se a um determinado conceito de Direito; uma versão que foi difundida no senso comum é a da identificação do Direito com as regras legisladas pelo Estado. Herda-se tal concepção da teoria positivista do Direito.

Não obstante este fato, Genaro Carrió sustenta que a expressão positivismo jurídico tem sido tomada para designar uma variedade muito heterogênea de atitudes, teses e concepções relacionadas com o fenômeno jurídico.² Busca, então, esclarecer o que poderia significar o positivismo jurídico.

¹Docente no Curso de Direito no Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: erikadmitruk@yahoo.com.br

²CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p.321-328.

Tendo a palavra Direito diversos significados, podendo referir-se tanto a um fenômeno social, quanto a um complexo de regras para o controle social ou princípios de justiça, percebe-se que tais concepções partem de visões diferenciadas do fenômeno jurídico. A que o identifica a um complexo de regras para o controle social, emanadas do Estado, é o chamado Positivismo Jurídico. E aquela que o tem como princípios de justiça, o Jusnaturalismo.³

O Positivismo Jurídico pode ser tomado como método, separando Direito e Moral em universos distintos.⁴ Também pode ser entendido como ideologia, defendendo o dever moral de obedecer às normas. E também designar um conjunto de teses sobre a natureza do Direito Positivo, das normas jurídicas, das fontes do Direito, das propriedades características dos ordenamentos jurídicos e da função desempenhada pelos juízes.⁵

A preocupação do Positivismo Jurídico, principalmente na figura de seu maior defensor e sistematizador, Hans Kelsen, foi a delimitação do campo de abrangência do vocábulo Direito, separando dele o seu valor.

Warat, ao analisar a purificação do Direito, realizada por Kelsen, assevera o interesse kelseniano em encontrar fundamentos que justificassem a construção de uma Ciência do Direito, o aperfeiçoamento da Dogmática Jurídica e sua ascensão ao prestígio gozado pelas Ciências Naturais. Por isso, mister se mostrou a separação de todo o conhecimento jurídico dos conhecimentos sociais, econômicos, psicológicos ou políticos. Seu objetivo consistia no aperfeiçoamento lógico-racional da metodologia jurídica. Por isso sua investigação parte da identificação dos problemas da Dogmática Jurídica, sua desconstrução e a defesa da possibilidade de um conhecimento científico dirigido ao Direito. Seu objeto por excelência é a Ciência do Direito, constituindo-se em uma epistemologia jurídica. Ademais, Kelsen não pretende confundir os enunciados da Ciência do Direito com Direito Positivo. Os postulados da Ciência do Direito não são obrigatórios, por outro lado, as regras do Direito Positivo, o são. Deseja e constrói categorias próprias da ciência do Direito, desprovidas de juízos políticos, pretensões ideológicas e outras “impurezas”. Sua finalidade primordial, segundo Warat, foi:

3**Ibidem**, p.324-325.

4**Ibidem**, p.325.

5**Ibidem**, p.326.

“...precisamente a elucidação metodológica do pensamento dogmático do Direito. Trata-se de uma investigação realizada dentro do campo da ciência dogmática, conforme o proceder kantiano, de tomar a ciência positiva como ponto inicial de todo empreendimento epistemológico.”⁶

Cabe frisar que a Teoria Pura do Direito é *epistemologia do conhecimento normativo*. Esta vontade e busca da purificação da Ciência do Direito é explicitada por Kelsen na Teoria Pura do Direito⁷. Todavia, mesmo propalando-se como um conhecimento epistemológico, despido de ideologia, esta própria assertiva já conota uma tomada de posição ideológica⁸. A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi utilizada por juristas de várias gerações (e ainda hoje) como cartilha defensora do Direito como ele é. Não levaram em conta, esses leitores desavisados de Kelsen, que seu objetivo, muito coerente como espírito de seu tempo, era a aproximação da Ciência do Direito das Ciências Naturais, um objetivo epistemológico e não de dever ser.

Os pensadores ligados a esta corrente do pensamento, conforme o próprio Hart⁹, estavam essencialmente preocupados em promover a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, todavia, legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e que satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. Comungando esta forma de analisar o fenômeno jurídico, asseveraram que o Direito Positivo é a vontade do Estado, e não há fonte mais genuína do Direito do que a lei. O ordenamento jurídico constitui um todo completo, sem lacunas ou incoerências.¹⁰ Os juízes não possuem outra função além de deduzir, a partir de regras de Direito Positivo, a solução dos casos concretos.¹¹

⁶ WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983, p.33.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000. “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial.” (p.1). ... “ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto.” (p.1).

⁸ Ver: **Ideologia, Estado e Direito**, de Antonio Carlos Wolkmer.

⁹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Com um pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.233-234.

¹⁰ Norberto Bobbio em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico descrevendo as características de um ordenamento jurídico trata de analisá-lo sob essas três características: unidade, coerência e completude, desenvolvendo e descrevendo técnicas para solucionar casos onde esses predicados não são perfeitamente alcançados. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7.ed. Brasília: UNB, 1996.

¹¹ **Ibidem**, p.326.

Todavia, tais concepções reducionistas do fenômeno jurídico foram sendo superadas. Com a publicação da obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart (1961), iniciou-se uma profunda reflexão sobre as concepções até então aceitas do Direito, uma vez que Hart dará ênfase ao estudo da aplicação judicial do Direito e utilizará para entendê-lo instrumentos da filosofia analítica e contemporânea¹². No capítulo de introdução desta obra, Hart já levanta a dificuldade de se responder “O que é Direito?” e porque esta pergunta desperta tanto interesse.¹³

Apesar de ser considerado um positivista, Hart não aceitará muitos dos postulados do positivismo jurídico como teoria. Por isso, talvez, Dworkin classifique sua teoria como um positivismo refinado.

Hart defende a separação entre Direito e Moral, e, para ele, normas moralmente iníquas podem perfeitamente ser Direito. Todavia, Hart rechaça a tese de que as normas jurídicas podem ser concebidas como ordens, e também não adere a tese positivista de que as regras jurídicas são a única fonte do Direito. A sua construção teórica da regra de reconhecimento, que em cada comunidade estabelece os critérios de validade jurídica, não é Direito legislado. Apenas a aceitação efetiva do Direito legislado é que poderá revelá-la. Outrossim, defende que o ordenamento jurídico não é completo ou coerente, e em virtude disso os juízes não podem limitar-se à tarefa puramente dedutiva que a teoria positivista exige.¹⁴

Também Dworkin analisou a festejada solidez dos fundamentos do positivismo jurídico, e chegou à conclusão de que este se fundamenta nos seguintes postulados: a) o Direito de uma comunidade é um conjunto de normas especiais usadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar que normas podem ser identificadas e distinguidas mediante critérios especiais, por provas que não se relacionam com o seu conteúdo, mas sim com a sua origem ou a maneira pela qual foram adotadas ou evoluíram; b) o conjunto dessas normas válidas esgota o conceito de Direito, de modo que se alguma de tais normas não cobre claramente um caso, o mesmo não pode ser decidido com apoio na lei. Deve ser decidido por algum funcionário, por exemplo, um juiz, que exerça seu poder discricionário, o que significa ir além da lei, em busca de alguma outra bandeira que a guie.¹⁵

¹²HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues.** Universidad de Los Andes, 1997, p.15.

¹³HART, H.L.A. **O conceito de Direito.** (Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.8-18.

¹⁴**Ibidem**, p.332-337.

¹⁵DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Madrid: Ariel Derecho. (Cap. 2).

Esses autores, Hart e Dworkin, serão utilizados no decorrer das investigações deste artigo. Procurar-se-á identificar os pontos principais de suas construções teóricas acerca do Direito, a partir das seguintes obras: “O Império do Direito”, de Ronald Dworkin, e “O Conceito de Direito”, de Herbert L. A. Hart.

Tais obras foram selecionadas em face da sua importância e também do debate havido entre seus autores sobre as idéias propostas nestas obras, bem como pelas diferentes metodologias utilizadas para a investigação do fenômeno jurídico.

Será dado início ao presente estudo com a apresentação da obra de cada um dos autores mencionados, seguida das principais divergências havidas entre eles e pelas considerações finais, na qual procurar-se-á tomar posição frente a este debate, e mesmo frente ao questionamento: Hart e Dworkin estão mesmo em desacordo?

1. O que é o Direito para Herbert Hart

1.1. A IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA

Para responder à pergunta “O que é Direito?” Hart isolou três questões recorrentes: “como difere o Direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?”¹⁶

Para muitos, a forma de definição “isto é isto” pode ser a mais satisfatória. Porém “nem sempre está disponível, nem é sempre clarificadora, quando disponível.”¹⁷ Poderíamos até utilizar este modelo e definir o Direito como regras de comportamento, mas o conceito de regras é tão incerto quanto o do próprio Direito, então não ajudaria em muito esta pesquisa.¹⁸

Poder-se-ia dar uma definição apenas conceitual do significado do vocábulo Direito, contudo nenhuma sentença suficientemente concisa, susceptível de ser reconhecida como uma definição, lhe podia responder satisfatoriamente. Não obstante isso, para Hart, é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta a todas as três questões.¹⁹

¹⁶HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

¹⁷*Ibidem*, p.19.

¹⁸*Ibidem*, p.20.

¹⁹*Ibidem*, p.21.

1. 2. O CONCEITO DE OBRIGAÇÕES

Ao aceitar a tarefa de construir uma teoria do Direito que relacione regras primárias e secundárias, Hart parte da constatação de que onde há Direito, a conduta humana torna-se, em certo sentido, não-facultativa ou obrigatória.²⁰ Mesmo sendo uma conduta humana obrigatória, não são todas as condutas humanas obrigatórias que acarretam uma sanção pelo seu descumprimento. A existência de regras que estipulem sanções no caso de descumprimento de normas é que justificam a aplicação de sanção.²¹

As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se. Poderíamos chamar esse fenômeno de eficiência da norma. A insistência na importância ou seriedade da pressão social subjacente às regras é o fator primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de dar origem a obrigações. As regras apoiadas por esta pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. A sustentação dessas regras dá-se, então, de duas maneiras, pela pressão social e pela ação de juizes, no caso de descumprimento das normas.²²

1. 3. O DIREITO EM COMUNIDADES PRIMITIVAS: REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Hart passa a descrever o Direito em comunidades primitivas, onde, o único meio de controle social é a pressão social. Enumera alguns defeitos identificáveis na forma de estruturação do regime de regras não oficiais destas sociedades. O primeiro defeito identificado é a incerteza, seguido pelo caráter estático das regras e pela ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras.²³

Conforme as palavras de Hart, “o remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie.”²⁴

²⁰*Ibidem*, p.92.

²¹*Ibidem*, p.94-95.

²²*Ibidem*, p.98.

²³*Ibidem*, p.101-103.

²⁴*Ibidem*, p.103.

O remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução de regras de reconhecimento. Cabe à regra de reconhecimento especificar algum aspecto ou aspectos, que identificariam uma regra como pertencente ao grupo das que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce.²⁵

O remédio para a qualidade estática do sistema primitivo é a introdução de regras de alteração. Sua forma mais simples é a que confere poder a um indivíduo ou um conjunto de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de uma certa classe dentro dele, e para eliminar as antigas. Estão estreitamente ligadas às regras de reconhecimento, porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como um aspecto identificador de regras.²⁶

Para completar o regime simples de regras primárias e sanar o defeito da ineficácia de sua pressão social difusa, regras secundárias deverão estabelecer indivíduos com poder de proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, em uma ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento “consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como ‘regras de julgamento’. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir.”²⁷

1. 4. A REGRA DE RECONHECIMENTO

Nos sistemas jurídicos que se conhece hoje existe uma multiplicidade de fontes do Direito. Por ser a regra de reconhecimento aquela que indica quais são os critérios para identificar o Direito, dentre todas as regras ela se revela a mais complexa.²⁸

Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.²⁹ Ela encontra-se acima da Constituição do país, e nela se reúnem os

²⁵**Ibidem**, p.104.

²⁶**Ibidem**, p.105.

²⁷**Ibidem**, p.106.

²⁸**Ibidem**, p.112.

²⁹**Ibidem**, p.113.

critérios necessários para conferir a validade de todas as outras regras. Por isso não existe nenhuma outra regra que confira validade à regra de reconhecimento. Pode-se até afirmar que quando se passa da afirmação de que uma lei concreta é válida para a afirmação de que a regra de reconhecimento do sistema é excelente e o sistema nela baseado merece ser apoiado, passamos de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor.³⁰ “A regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato.”³¹

Mesmo com razões distintas dos critérios contidos na regra de reconhecimento, o cidadão comum obedece ao Direito em muitos casos levando em conta as conseqüências do não cumprimento das normas, tais como as sanções dele advindas. Todavia, o simples fato das normas serem obedecidas pela maioria da população constitui prova de que um sistema jurídico existe, e de que a regra de reconhecimento vige.³²

A partir dessas considerações Hart estabelece duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico:

“Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais forem os motivos por que o façam. (...) A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros.”³³

³⁰**Ibidem**, p.118-119.

³¹**Ibidem**, p.121.

³²**Ibidem**, p.126

³³**Ibidem**, p.128.

1. 5. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO. SOLUÇÃO DE LACUNAS E ANTINOMIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

Boa parte da teoria do Direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva das incertezas derivadas da linguagem. Mesmo as normas gerais e supostamente claras, podem ser objeto de dúvida quando da sua aplicação aos casos concretos. As diretrizes de interpretação, embora não possam eliminar tais incertezas, podem diminuí-las. Não se pode perder de vista que tais cânones interpretativos são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios exigem interpretação. Nos casos simples, a interpretação é feita de maneira não problemática.³⁴

Existirão casos no Direito em que a textura aberta de sua linguagem poderá ocasionar interpretações conflitantes, sem que nenhuma se sobreponha à outra. Nesta zona poderá surgir uma questão para a qual não haja uma única resposta, apenas respostas.³⁵ Nestes casos o juiz fará um julgamento discricionário da matéria. Apesar disso significar que no Supremo Tribunal a decisão tomada pelos juízes seja definitiva e dotada de autoridade, não se pode esquecer que mesmo os juízes do Supremo Tribunal são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas para fornecer padrões de decisão judicial correta.³⁶

1. 6. Relação entre Direito e Moral

Hart sustenta que é impossível, através da análise da História, afirmar que o Direito tem sido influenciado pela moral ou por ideais de grupos sociais particulares. Pode-se tomar essa assertiva como verdadeira apenas para justificar que um sistema jurídico deve mostrar alguma afinidade com a moral ou com a justiça; ou se apoiar em uma convicção de que existe uma obrigação moral de obedecê-lo. Para este autor, não podemos tomar essa bandeira como critério de validade de um sistema jurídico.³⁷

Contrapondo o ponto-de-vista que exige conformidade do Direito com as leis morais, Hart define como Positivismo Jurídico a “afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito.”³⁸

³⁴*Ibidem*, p.139.

³⁵*Ibidem*, p.165.

³⁶*Ibidem*, p.159.

³⁷*Ibidem*, p.201.

³⁸*Ibidem*, p.202.

Para fundamentar seu posicionamento, Hart define o Direito como um fenômeno social que sempre apresenta dois aspectos: a) atitudes e comportamentos implicados na aceitação voluntária das regras; e b) comportamentos envolvidos na pura obediência ou aquiescência. Em virtude disto as regras podem ser obedecidas de duas formas:³⁹

“Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será, conseqüentemente, estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrado segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta. (...) a passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obrigação são o único meio de controle social, para o mundo jurídico com o seu poder legislativo, tribunais, funcionários e sanções, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com um certo custo. Os ganhos são os da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a opressão de um número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar.”

Em virtude dos riscos inerentes à adoção de uma forma avançada de Direito, foram formuladas algumas possibilidades de conexão entre Direito e Moral, que Hart elenca no final do seu Capítulo IX, da sua obra “O Conceito de Direito”: 1) o poder e a autoridade: para que exista o poder coercitivo é necessário que boa parte dos indivíduos submetidos às regras cooperem voluntariamente no seu cumprimento; 2) a influência da Moral sobre o Direito: o Direito dos Estados modernos já absorveu em muitos pontos a moral aceita, e, além disso, professam ideais morais mais vastos; 3) a interpretação: a textura aberta do Direito deixa um campo de ação para os juizes, que não estão obrigados à aceitação cega da lei ou a dedução mecânica de regras. Os juizes podem fazer uma escolha, que não é mecânica ou arbitrária, valendo-se de virtudes que Hart denomina “virtudes judiciais”, que são a imparcialidade e a neutralidade, ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afetados; e a preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão; 4) a crítica do Direito; 5) princípios de legalidade e justiça: cujo germe se encontra na aplicação de uma regra geral do Direito; 6) validade jurídica e resistência ao Direito.

³⁹*Ibidem*, p.217.

Contudo, como um positivista, Hart não vê vantagem em excluir as regras iníquas do sistema jurídico, que são aquelas que, apesar de preencherem todos os demais requisitos para serem tidas como Direito, não passam pelo teste da moral. Isto porque ao adotarmos o conceito mais amplo de Direito, podemos incluir nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reação da sociedade contra elas. Hart questiona “em que medida, quando se está confrontado com pedidos moralmente iníquos, é melhor pensar ‘isto não é direito em nenhum sentido’, em vez de ‘isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar’? Tornaria isto os homens mais esclarecidos ou prontos para desobedecer quando a moral o exige?”⁴⁰

E Hart é bem realista ao afirmar que enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do Direito como um de seus instrumentos. Todavia, devemos ter a clareza que, independente da aura de autoridade do sistema oficial, todas as suas exigências devem no fim ser sujeitas a um exame moral. Há sempre a questão de Sócrates: “...devo sujeitar-me ao castigo pela desobediência ou fugir?”⁴¹

Por tudo isso é preferível um conceito amplo de Direito, que abarque mesmo as regras moralmente iníquas, pois permite, desta forma, a distinção entre a invalidade do Direito e sua imoralidade, e habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, ao contrário de um conceito restrito de Direito.⁴²

2. O que é o Direito para Dworkin

“Vivemos na lei e segundo o Direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça. Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o Direito (...) Somos súditos do império do Direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.”⁴³

⁴⁰*Ibidem*, p.226.

⁴¹*Ibidem*, p.227.

⁴²*Ibidem*, p.227.

⁴³DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Luiz). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.XI.

Visando encontrar uma resposta para a pergunta “O que é o Direito?”, Dworkin enfrentará primeiramente o entendimento de filósofos do Direito que o entendem apenas como uma questão de fato.

As principais alegações deste ponto de vista são: a) o Direito é aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado; b) o Direito existe como simples fato, e o que o Direito é não depende daquilo que ele deveria ser; e c) quando advogados e juizes divergem teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estão divergindo sobre o que deveria ser. Divergem quanto a questões de moralidade e fidelidade.⁴⁴

Dworkin expõe que a opinião da população da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos se divide sobre o que seria aplicar justamente o Direito. A maioria acredita que os juizes devem aplicar estritamente a lei e não procurar aperfeiçoar o Direito.

Existe outra versão do ponto de vista do Direito enquanto simples questão de fato: a dos realistas e a do movimento dos estudos jurídicos críticos. Segundo estes não existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica que os juizes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe.⁴⁵

Para Dworkin, os operadores do Direito (advogados e juizes) utilizam-se da versão do Direito como questão de fato, apenas quando são solicitados a emitir (solenemente) sua opinião sobre o que é o Direito. Mas, reservadamente, esses mesmos operadores “dirão que direito é instinto, que não vem explicitado em uma doutrina, que só pode ser identificado por meio de técnicas especiais cuja descrição ideal é impressionista, quando não misteriosa.”⁴⁶

Segundo este autor, o interesse pelo Direito advém de o utilizar como instrumento para a consecução dos propósitos individuais e por ser ele a instituição social mais estruturada e reveladora.⁴⁷ Conseqüentemente, o Direito é entendido como um fenômeno social cuja prática é argumentativa.

“Os povos que dispõem de um Direito criam e discutem reivindicações sobre o que o Direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o Direito, e boa parte daquilo que seu Direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações.”⁴⁸

⁴⁴**Ibidem**, p.10.

⁴⁵**Ibidem**, p.13.

⁴⁶**Ibidem**, p.14.

⁴⁷**Ibidem**, p.15.

⁴⁸**Ibidem**, p.17.

A análise do Direito pode dar-se sob a perspectiva interna ou externa, e ambas devem mutuamente levar-se em conta numa construção de uma teoria social do Direito que faça parte da doutrina jurídica. Todavia, Dworkin partirá da perspectiva interna, e procurará através do estudo de casos concretos demonstrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica.

No caso Elmer ⁴⁹, em que o beneficiário em um testamento assassina o próprio avô para ficar com a herança, a discussão gira em torno da questão: Elmer tem ou não direito a herdar do avô que ele assassinou? A lei de sucessões nada dispõe sobre o assunto. Unanimemente os juizes admitiram que a lei deveria ser cumprida e não alterada em favor da justiça. Divergiam sobre qual a solução correta do caso.

O Juiz Gray, que foi voto vencido, argumentou pela interpretação literal da lei e pela concessão da herança a Elmer. O Juiz Earl, cujo relatório foi seguido, adotou a tese das intenções do legislador. Para ele a lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores rejeitem. Também sustentava que quando se interpreta uma lei, deve-se levar em conta seu contexto histórico, de modo a ajustá-la aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do Direito.

Ao contrário da posição dos filósofos que têm o Direito como simples questão de fato, e sustentam que quando advogados e juizes divergem teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estão divergindo acerca do que o Direito deveria ser, no caso Elmer a controvérsia era uma controvérsia sobre a natureza da lei, sobre aquilo que ela realmente dizia.⁵⁰

Outro caso estudado, o “*snail darter*”, concerne a questão ambiental. Pode a ameaça de extinção de uma “espécie insignificante” de peixe interromper a construção de uma barragem em fase avançada de execução?

O Juiz Burger se posicionou pela interpretação literal da lei, em um sentido diferente do Juiz Gray: se o significado acontextual das palavras do texto for claro, então o tribunal deve atribuir esse significado àquele termo, a menos que se pudessem mostrar que o legislador pretendia o resultado contrário. Já o Juiz Powel, que foi voto dissidente, argumentou que os tribunais só deveriam aceitar um resultado absurdo se encontrassem uma prova inequívoca de que fosse isso o pretendido. Ele substituiu o princípio da justiça pelo princípio do bom-senso.⁵¹

Também neste caso ambos admitiram que a corte deveria seguir a lei. Discordaram sobre o sentido da lei.

⁴⁹*Ibidem*, p.20.

⁵⁰*Ibidem*, p.25.

⁵¹*Ibidem*, p.25-28.

Esses dois casos já são capazes de ilustrar o objetivo de Dworkin em fundamentar que: não se discute que o juiz tenha que aplicar as leis, o que se discute é qual a melhor forma de aplicar as leis e construir o Direito.

2. 1. Princípios de Interpretação do Direito para Dworkin

A inteligência do Direito deve ser aquela que o vê como um complexo emaranhado de prerrogativas e deveres ditados pela legislação, e nos países da “common law”, pelos precedentes. Toda interpretação geral da prática legal deve reconhecer duas limitações institucionais: a supremacia legislativa e o precedente estrito nos casos em que tal é requisitado.⁵²

Além destes dois princípios, existe um terceiro, fundamentalmente relacionado com as outras duas restrições, que é o princípio do local da interpretação.⁵³

“Se um juiz que aceita o direito como integridade, considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer às limitações interpretativas, então ampliará o alcance do seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do Direito e assim determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente.”⁵⁴

Encontra-se aqui um conceito caro a Dworkin: a integridade. Em uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política, se transforma em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva.⁵⁵

A integridade também contribui para a eficiência do Direito. Se as pessoas aceitam que são governadas, não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as

⁵²*Ibidem*, p.479.

⁵³*Ibidem*, p.480/481.

⁵⁴*Ibidem*, p.481.

⁵⁵*Ibidem*, p.228.

pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são, de fato, assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade.⁵⁶

Já o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.⁵⁷

O Direito, entendido como integridade, permite e promove formas de conflito substanciais dentro da melhor interpretação do Direito, já que as noções de equidade, justiça e devido processo legal, costumam entrar em conflito. Por justiça, podemos entender o resultado correto do sistema político, por equidade, a estrutura correta para esse sistema e por devido processo, os procedimentos corretos para aplicação das regras que o sistema produziu.⁵⁸

A integridade pode se dar em dois níveis. O princípio adjudicativo que governa o Direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do Direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada.⁵⁹

Hércules, o juiz concebido por Dworkin para dar efetividade a esse método interpretativo da legislação, deve revelar em suas avaliações a respeito de qual é o Direito, a melhor interpretação dos princípios de equidade da sua comunidade, que define seus próprios poderes contra os de outras instituições e autoridades, e seus princípios de devido processo legal adjetivo, que se tornam pertinentes pelo fato de os julgamentos do Direito serem predicados para a atribuição de culpa e responsabilidade, baseadas em experiências anteriores.⁶⁰

Conforme expõe Dworkin, o Direito contemporâneo e concreto, é determinado pela integridade inclusiva. Esse é o Direito do juiz, o Direito que ele é obrigado a declarar e colocar em vigor. O Direito contemporâneo, entretanto, contém um outro Direito que delimita suas ambições para si próprio; esse Direito mais puro é definido pela integridade pura. Compõe-se de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do Direito contemporâneo, posto que não são vistos a partir da

⁵⁶*Ibidem*, p.229.

⁵⁷*Ibidem*, p.271.

⁵⁸*Ibidem*, p.482-483.

⁵⁹*Ibidem*, p.483.

⁶⁰*Ibidem*, p.484.

perspectiva de nenhuma instituição em particular, abstraindo, desse modo, todas as restrições de equidade e de processo que a integridade inclusiva exige.⁶¹

3. PRINCIPAIS PONTOS DO DEBATE HART – DWORKIN

3. 1. Discricionaridade

Para Hart a incerteza da linguagem jurídica é uma característica da mesma, tendo como consequência que, nos casos difíceis, há sempre mais de uma interpretação razoável. Nestes casos os juízes têm discricionariedade para escolher a interpretação que considerem mais apropriada. Diante da imprecisão da regra, o juiz não possui outra saída a não ser escolher prudentemente a opção que estime adequada. Nestas circunstâncias o juiz não está aplicando o Direito, ele está criando o Direito.⁶²

Contra Hart, Dworkin sustenta que nem todos os casos difíceis têm sua origem na incerteza da linguagem jurídica, e que é errôneo afirmar que neles os juízes têm poderes discricionários. As partes em um processo têm direito a obter uma solução de acordo com o ordenamento jurídico preexistente; este direito opera tanto nos casos fáceis como nos casos difíceis, e, portanto, os juízes não gozam de discricionariedade nem de poderes especiais de criação de normas jurídicas.⁶³

3. 2. Diferença entre princípios e regras

Dworkin reconhece na teoria hartiana um traço vulnerável do positivismo: a concepção do Direito enquanto regras reconhecidas por sua origem. Para Dworkin nem todas as normas jurídicas são regras precisas como as que consagram os tipos penais ou os requisitos processuais. Além dessas regras existem os princípios, que estabelecem diretrizes aos juízes nos casos difíceis. Tais princípios, segundo Dworkin, não podem ser identificados mediante uma regra de reconhecimento como a proposta por Hart.⁶⁴

A partir daí Dworkin conclui que nos casos difíceis os juízes não têm discricionariedade para criar Direito, porque devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

⁶¹*Ibidem*, p.485.

⁶²HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues.** Universidad de Los Andes, 1997, p.34.

⁶³*Ibidem*, p.35.

⁶⁴*Ibidem*, p.37.

3. 3. A base social da regra de reconhecimento hartiana

Para Dworkin, no modelo proposto por Hart as regras sociais estão constituídas por uma conduta uniforme das pessoas que compõem o grupo social – aspecto externo -, unida à utilização destas regras como fonte de críticas e exigências – aspecto interno. Todavia, estas características não são encontradas nas regras morais, as quais são reivindicadas não importa a frequência com que são observadas. Dworkin aponta para os erros da sustentação sociológica proposta por Hart para a regra de reconhecimento. Com isso Dworkin procura demonstrar a necessidade de ampliação do conceito de Direito, incluindo nele princípios justificativos das práticas jurídicas. Com essa ampliação, a proposta de Dworkin é romper com a separação conceitual entre Direito e Moral, defendida pelos positivistas.⁶⁵

3. 4. As respostas de Hart

Hart não respondeu, até a edição de seu *Postscriptum*, de maneira sistemática às críticas de Dworkin. Em conferência proferida em 1976: “*Law in the Perspective of Philosophy*”, Hart assinala algumas dificuldades das teses dworkinianas, particularmente a ampliação do conceito de Direito para incluir princípios justificativos, bem como a afirmação da existência de uma resposta correta mesmo nos casos difíceis.⁶⁶

Em uma outra conferência, “*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, Hart divide os teóricos americanos em dois grupos: os que vêem o Direito como um conjunto de regras impostas caprichosamente em cada caso pelo juiz de turno (os que têm pesadelos!) e os que concebem o Direito como um conjunto de princípios coerentes que proporcionam uma resposta correta para todos os casos (os sonhadores!) e enquadra Dworkin, obviamente, na segunda corrente.⁶⁷

A fim de responder de forma sistemática às críticas de Dworkin, Hart trabalha em um *Postscriptum* à sua obra “O Conceito de Direito”, a qual não estava concluída no momento de sua morte, mas que foi terminada por autores próximos a ele e publicada em 1994. Neste *Postscriptum* Hart elabora três tipos de defesa: em primeiro lugar oferece razões para demonstrar que várias teses que Dworkin atribui a ele se devem à má interpretação que Dworkin fez de sua obra. Também

⁶⁵*Ibidem*, p.37-38.

⁶⁶*Ibidem*, p.38.

⁶⁷*Ibidem*, p.40.

argumenta em favor da discricionariedade judicial, e outras de suas teses. Finalmente aceita algumas críticas de Dworkin, como a distinção entre princípios e regras e sua compatibilidade com a regra de reconhecimento.⁶⁸

4. Considerações finais

Como vimos no presente artigo, as teses defendidas por Hart e Dworkin procuraram responder, através de métodos diferenciados, à pergunta “O que é o Direito?”.

Hart, com o propósito de criar uma teoria geral do Direito, utilizou-se do método descritivo. Descreveu quais os tipos de normas existentes nos Estados de Direito Moderno, quais as formas de reconhecimento das normas jurídicas, suas formas de alteração e imposição. Para isso não se valeu de nenhum ordenamento jurídico concreto. Buscou construir uma teoria que oferecesse um relato explicativo e clarificador do Direito como instituição social e política complexa.

Já Dworkin, para construir sua teoria geral do Direito, valeu-se do método indutivo, partindo do estudo de casos da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Câmara dos Lordes, da Inglaterra. Reforçou seu entendimento do Direito como atividade interpretativa, defendendo uma hermenêutica construtivista, na medida em que as Constituições dos modernos Estados de Direito já incorporaram as liberdades e direitos fundamentais; é a partir delas que os juízes devem julgar.

Com a sua teoria do Direito como integridade, Dworkin procura reconhecer no Direito uma construção da razão e, com isso, os elementos para aplicar o mesmo de forma coerente já estão todos dados.

Ao final desse trabalho, entende-se que as divergências existentes entre Hart e Dworkin são divergências pontuais. Não é possível limitá-las à utilização de diferentes métodos utilizados pelos autores para a análise do Direito, tendo em vista que derivam muito mais das teorias de fundo utilizadas por ambos.

É possível demonstrar simpatia pela construção de Dworkin, que busca uma visão integral e coerente da prática jurídica, políticas públicas e direitos individuais. Se tal reconstrução integral da prática jurídica, em concomitância com a prática política, fosse possível, certamente a resposta encontrada de tal conjugação seria a melhor, mas não a única correta. A defesa de uma única resposta correta deriva de uma devoção ao conceito de segurança jurídica e verdade válida para todos, que, pelo desenvolvimento das epistemologias, não é mais possível sustentar.

Em virtude disto, após as pesquisas do presente artigo, é possível encerrá-lo citando Dworkin: “*Quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é incontestável.*”⁶⁹

⁶⁸*Ibidem.* p.44.

⁶⁹DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** (Trad. De Jefferson Ruiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.13.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7.ed. Brasília: UNB, 1996.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Los derechos en serio**. Madrid: Ariel Derecho. (Cap.2).
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues**. Universidad de Los Andes, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3.ed. (rev. e ampl.). São Paulo: RT, 2000.



REQUISITOS AUTORIZADORES DA DECLARAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

*Fernando Marco Rodrigues de Lima**

RESUMO

Desde os primórdios da humanidade o homem percebeu a necessidade valorizar a verdade como própria da condição de existência e desenvolvimento. Por isso, o Direito também não pode tolerar a conduta maléfica. Assim, o sistema jurídico repreende condutas maléficas das partes, buscando a solução justa e verdadeira. Entretanto, não é consenso ainda, na doutrina e na jurisprudência, sobre quais são os requisitos objetivos para a declaração de litigância de má-fé. Assim, relevante é a discussão sobre tão controverso tema, de grande importância para o desenvolvimento e busca da justiça ideal.

PALAVRAS-CHAVE: Má-fé Processual; Princípios; Lealdade; Veracidade; Seriedade; Direitos; Justiça.

ABSTRACT

Since the beginning of the humanity the man perceived the necessity to value the truth as proper condition of existence and development. Therefore the right also cannot tolerate the maleficent behavior. Thus, the legal system reprehends to maleficent behaviors of the parts, searching the solution true joust and. However, it is not consensus still in the doctrine and jurisprudence on which is the objective requirements for the declaration of litigation of bad-faith, thus excellent it is the quarrel on so controversial subject of great importance for the development and searches of ideal justice.

*Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Docente de Direito Processual Civil da Universidade Estadual de Maringá – UEM.

Especialista em Direito Civil pela PUC/Paraná.

Advogado.

E-mail: fmrl@sercomtel.com.br

1. Introdução

Sejamos sinceros. Não são raras as vezes em que o processo é corrompido e seus objetivos desvirtuados.

Os escopos do processo ¹, em muitas situações, foram reduzidos a meros instrumentos de satisfação dos interesses das partes.

Durante toda a história do processo, pôde se constatar lides em que não vence a parte a quem o Direito lhe assiste, mas sim, o mais esperto, o melhor equipado, o mais atento.

Justa e exemplar é a revolta do jurista:

“Um dos mais lamentáveis e censuráveis reflexos do amolecimento ético a que ficou submetida a sociedade brasileira, após tantos e longos anos de dura crise econômica, é a preocupação, quase mórbida, de descobrir expedientes capazes de fraudar, impunemente, as leis que vão surgindo, em decorrência do processo de mudança das estruturas sociais. Perverteu-se a atividade dos advogados, de quem se passou a cobrar soluções inteligentes, capazes de eximir as portas do comando da lei. Tanto mais respeitado é o advogado, quanto maior sua capacidade de criar mecanismos fraudatórios da norma jurídica, na mais revoltante das inversões dos valores éticos” (SOUZA, Sylvio Capanema de. A nova lei do inquilinato. **Estado de Minas**, 05.02.1992, p.2)

Infelizmente é fato. Quantas vezes, no labor forense, nos deparamos com artimanhas processuais a fim de alcançar objetivo não lícito? Em quantas reclamatórias trabalhistas são pleiteados valores já recebidos e manifestamente infundados? Quantos recursos são interpostos diariamente porque o sucumbido precisa “ganhar tempo”? Quantos recursos são interpostos diariamente por ser a “política da empresa”? Quantos requerimentos judiciais são feitos com o único intuito de prejudicar a parte contrária e/ou “forçar” um despacho que possibilite a interposição de um recurso? Quantas vezes os devedores são orientados a esconder o bem para que não seja apreendido? Quantas vezes os réus são orientados a se esconder, a fim de evitar a citação pessoal? Quantas vezes são juntados atestados médicos no dia da audiência a fim de “ganhar tempo”? Quantas vezes se retarda a juntada do mandado de citação nos autos para “travar o processo”?

¹ Escopo da Jurisdição, Social, Político e Jurídico, além de instrumentos de mutações na ordem constitucional e legal. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003).



Quantas vezes leilões judiciais são cancelados na última hora em função da interposição de um recurso meramente protelatório?

A sociedade não tolera - ou não deveria tolerar - mais condutas como estas. O Poder Judiciário tem o dever de rechaçar escopos tangenciais à busca legítima da justiça ideal no caso concreto.

Por isso, historicamente tem-se equipado o juiz com um arsenal técnico-jurídico suficiente para a repressão de atos maléficos das partes no processo jurisdicional. Contudo, percebe-se uma lamentável tendência jurisprudencial de, valendo-se de uma hermenêutica irrazoavelmente restritiva, limitar cada vez mais as hipóteses concretas de declaração da litigância de má-fé.

Com o devido acato, este preocupante pensar coloca em descrédito, não só o processo como instrumento condutor da jurisdição, mas toda a noção de justiça.

2. Nota histórica

A busca leal da verdade sempre foi, para o Homem, um pressuposto de desenvolvimento pessoal e social.²

O dever de dizer a verdade e de não mentir, remonta aos primórdios da civilização. Prezaram-no o Velho Testamento, o Direito através dos tempos, e a doutrina dos filósofos e pensadores.³

Na era antiga, o povo de Israel já não tolerava condutas enganosas em seus processos.⁴

Desde o nascimento do Direito na antiga Roma, antes mesmo de se conhecer os recursos, praticava-se penalizar o litigante de má-fé: o demandado na *actio judicati* podia articular em sua defesa a *revocatio in duplum* (...) mas se sujeitava, no simples caso de sucumbência, a condenação dobrada (*dublum*)⁵.

² MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³ BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.47, p.92-99, 1987.

⁴ **Provérbios, 12:17** - *Quem fala a verdade manifesta a justiça; porém a testemunha falsa produz a fraude*; **Provérbios, 14:5** - *Testemunha verdadeira não mentirá; a testemunha falsa, porém, se desboca em mentiras*; **Provérbios, 14:25** - *A testemunha verdadeira livra as almas; mas o que fala mentiras é traidor*.

⁵ PADILHA, Luiz R. Nunes Padilla, *Litigância de má-fé*. **Revista de Crítica Judiciária**. Leud, 1989, 5/199-200).

Modernamente, as primeiras previsões sobre a repressão do comportamento processual malicioso têm origem nos diplomas processuais austríaco⁶ e alemão.^{7 e 8}

Em nosso sistema processual, aconteceu na codificação de 1939 a primeira contemplação expressa dos atos não leais das partes.

O Código vigente, de 1973, através de suas modificações e aperfeiçoamentos contemplou a má-fé processual como hoje conhecemos: regulando taxativamente as hipóteses de declaração da litigância de má-fé, exigindo ainda a conduta leal das partes.

3. Conceito de má-fé

Má-fé deriva do latim *malefatus*, sendo empregada no meio jurídico para exprimir o conhecimento de um vício.⁹

Ao tratar do conceito de má-fé processual, Moacyr Amaral Santos, invocando Couture, assinala:

“A expressão má-fé se opõe à boa-fé, ambas constituindo uma avaliação ética do comportamento humano. Mas, enquanto esta se presume, aquela deve ser caracterizada, senão provada. Má-fé no processo, na definição de Couture, consiste na **‘qualificação jurídica da conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício do seu direito’**. Na má-fé há como substrato a intenção de prejudicar alguém, o qual no processo civil, geralmente é o outro litigante” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Saraiva, p.318-319). (Grifo nosso).

⁶ A Áustria deu um passo decisivo, ao instituir o dever de dizer a verdade no § 178 de seu CPC “*Cada parte aduzirá, nas suas alegações, de modo completo, determinado e segundo a verdade...*”

⁷ Eram leis platônicas, verdadeiros sinos sem abalos, posto que sem previsão de sanção ao ímprobo. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5.ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2003.).

⁸ O CPC Alemão declarava: “§ 138 – as partes devem fazer suas declarações sobre as circunstâncias de fato com toda a amplitude e conforme a verdade”.

⁹ De Plácido e Silva. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Forense, 2003 (verbetes “má-fé”).

Nota-se que, conquanto não haja um conceito pacífico e unânime, é possível identificar um componente essencial em todas as hipóteses de constatação da litigância de má-fé: a *intenção malévola* da parte no processo.

Contudo, é difícil ao juiz pesquisar a intenção da parte, de modo que exigir sempre esse elemento subjetivo redunde em impedir uma repressão mais enérgica da má conduta das partes. Por isso, algumas legislações equiparam à intenção malévola a culpa; não a culpa leve, que é desculpável, mas a culpa grave.¹⁰

Nosso sistema legal não define má-fé nem culpa grave, mas enumera taxativamente os casos em que se reputa de má-fé a conduta da parte.¹¹

4. Requisitos autorizadores da decretação de litigância processual de má-fé

Por ser tema de carregado conteúdo subjetivo, muitas vezes, a delimitação objetiva da caracterização da litigância de má-fé aflige o operador do direito. Percebe-se, porém, que cresce a tendência jurisprudencial de se utilizar uma hermenêutica cada vez mais restritiva para a declaração de litigância de má-fé.

O STJ em diversos julgados restringiu ainda mais os requisitos autorizadores para a decretação de má-fé processual:

“Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: **que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa” (RSTJ 135/187; REsp 202.688). (Grifo nosso).**

Com a devida *venia*, se o posicionamento do acórdão citado for adotado amplamente, teme-se que será ainda mais difícil a condenação do litigante de má-fé, vez que as partes ficarão menos atentas aos limites éticos do processo.

4. 1. Conduta descrita no rol taxativo do art. 17 do CPC

As hipóteses objetivas de caracterização da litigância de má-fé estão descritas de forma taxativa no art. 17 do CPC.

¹⁰ O Código de Processo Civil da Itália, no art. 96, coloca lado a lado a má-fé e a culpa grave, como princípios gerais.

¹¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1.ed. São Paulo: Forense, 1975.

O legislador nacional optou pela enumeração taxativa das hipóteses de litigância de má-fé, diversamente do que ocorreu com a legislação de outros países, em que o comportamento das partes é regulado em norma de conteúdo genérico.¹²

O sistema de taxatividade traz dificuldades para o juiz enquadrar perfeitamente a conduta verificada nos autos às hipóteses *numerus clausus* de litigância de má-fé. Neste sentido, Arruda Alvim já constatou a problemática:

“Não é fácil, obviamente, estabelecer regras fixas no direito positivo, para ser aquilatada a violação do preceito, pois cabe ao juiz, em cada caso, averiguar a influência da inverdade, da intenção da parte, para, então, aplicar a disposição adequada de cunho sancionatório ou, em nosso sistema, os arts. 16 e 18 do CPC. Mesmo assim, vários Códigos, inclusive o nosso de 1973, estabelecem regras que definem os atos de má-fé e, conseqüentemente, a pena correspondente” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Código de Processo Civil comentado**. v.2. São Paulo: RT, 1975).

Realmente não é fácil enquadrar todas as condutas em dispositivos cogentes. Por isso o juiz não deve se utilizar de hermenêutica restritiva e limitadora de declaração de litigância de má-fé.

A *mens legis* faz justamente o contrário: dotar o sistema processual de mecanismos de controle e repressão de condutas desleais dentro do processo.

4. 2. Oferecimento à parte de oportunidade de defesa (art. 5º, LV da CF)

O princípio do contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes, os mesmos instrumentos processuais.¹³

Contudo, não implica necessariamente uma *paridade absoluta*, mas sim para que as partes possam se utilizar de instrumentos acessíveis a ambas.

Neste sentido, o oferecimento à parte de oportunidade de defesa não é uma condição *sine qua non* para a declaração de litigância de má-fé. Tampouco inconstitucional, pois eventualmente poderá o apenado se utilizar dos instrumentos recursais próprios.

¹² § 138 do Código de Processo Civil alemão; § 88 do Código de Processo Civil italiano.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2004.

Tanto é assim que o próprio CPC, em seu art. 18 autoriza o juiz a declarar a litigância de má-fé de ofício:

“O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

Em recente decisão o STJ também reconheceu que a má-fé processual pode ser declarada de ofício.¹⁴

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam favoráveis.¹⁵

Ora, mesmo sendo declarado por litigância de má-fé, a parte poderá reagir em instrumento recursal próprio.

Assim, reitera-se: a concessão de defesa preliminar ao litigante de má-fé não é pressuposto para a declaração, vez que poderá recorrer da declaração.

4. 3 Demonstração de dano processual à parte adversa

O STJ de forma reiterada vem declarando que a condenação do litigante de má-fé pressupõe a demonstração do prejuízo resultante de conduta ilícita.¹⁶

Com o devido acato, porém, ousamos discordar.

As partes, ao litigarem, possuem direitos processuais constitucionais que visam a solução justa para o caso.

Contudo, o direito de ação acarreta em responsabilidade *ubi emolumentum, ibi ônus*.¹⁷ Não podem os litigantes, a despeito de seus direitos e garantias, agir sem responsabilidade. Neste sentido, o princípio luso-processual da auto-

¹⁴ A litigância de má-fé pode ser declarada de ofício, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil (REsp 166.196. DJ. 29.03.2004).

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Ob. cit.**, p.137.

¹⁶ REsp 21.549-7; REsp 250.781; REsp 220.054; REsp 220.162; REsp 277.929; REsp 277.929.

¹⁷ “Quem aufere os cômodos deve suportar o ônus.”

responsabilidade¹⁸ tem muito a nos ensinar. Se as partes têm o direito ao processo jurisdicional, conseqüentemente têm a responsabilidade para com o processo justo, leal e verdadeiro.

Existem situações em que a conduta maliciosa não gera efetivamente danos à parte *ex adversa*. Ocorre que, muitas vezes, não há a constatação de real lesão à parte *ex adversa* por circunstâncias alheias à vontade do agente maléfico.

Assim, o pressuposto essencial que deve ser observado no caso concreto é a *intenção* de se prejudicar a parte contrária no processo.

Parece que exigir a efetiva demonstração do dano para a condenação do litigante de má-fé é sobrecarregar a vítima com todo o dever processual de probidade. É irrazoável exigir da parte atingida a demonstração de ter sofrido efetivo dano para que aí sim, se possa condenar seu algoz. Em exagerada comparação, seria o mesmo que, para se condenar o réu, exigir da vítima de esfaqueamento a prova de que o corte sofrido foi realmente profundo.

Ademais, ainda que não seja possível se constatar efetivo dano à parte, constata-se, contudo, efetivo dano ao processo jurisdicional.

Em todas as situações onde se verifica uma conduta maléfica, observa-se dano processual efetivo, se não à outra parte, à própria atividade jurisdicional, vez que ignorados os deveres legais de lealdade e boa-fé.

5. O princípio da lealdade Processual

Dentre os deveres dos sujeitos processuais em geral, o de lealdade ocupa posição de destacada grandeza em nosso sistema processual vigente:

“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e a realização da justiça”. (BUZAID. Alfredo. Exposição de motivos da Lei nº 5.869/1973, t.17).

¹⁸ “O Princípio da Auto Responsabilidade das Partes é o reverso da medalha do Princípio do Dispositivo. Se a vontade das partes é elemento preponderante do processo, também se justifica que sejam elas as principais responsáveis pelo bom e regular andamento deste. Se as partes têm poderes, deverão igualmente ter responsabilidades. Estas podem ser responsabilizadas pelas custas e sofrer as conseqüências caso sejam consideradas responsáveis pelo atraso no andamento do processo, correndo riscos do tribunal dar este como findo - deserção do processo por inércia das partes. No decorrer do processo as partes têm encargos e ónus. Caso não os cumprirem podem acarretar em conseqüências desfavoráveis. O réu tem o direito de se defender, mas também tem o ónus de o fazer, pois é igualmente chamado a participar na descoberta da verdade.”(Baptista, José João. **Curso de Processo Civil**. Coimbra: Almedina).

Desta forma, o princípio da lealdade processual foi alçado a tão grande relevância que mereceu até ser positivado, conforme se depreende do art. 14, II do CPC vigente:

“São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

II - proceder com lealdade e boa-fé”

(...)

Desde de que se deixou de conceber o processo como um duelo privado no qual o juiz era apenas um árbitro e as partes podiam se utilizar de todas as artimanhas, começou a ser exigido dos litigantes uma conduta adequada à finalidade de pacificação social do processo, que culmina hoje, em nosso ordenamento, com a Constituição vedando as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º LVI).¹⁹

O processo civil é construído sobre o princípio do contraditório, em que cabe a cada parte o ônus de sustentar suas próprias razões.

Se cada litigante pode contar para seu êxito somente com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e argumentos favoráveis, pode-se inferir que o processo civil é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para defesa dos direitos.²⁰

Por isso a ampliação - e não a restrição - dos instrumentos hermenêutico-legais para a repressão da litigância de má-fé se torna fundamental, na medida em que por ser o processo civil uma “batalha lógico-jurídica” deve ter suas armas e limites da arena de combate delimitados e previamente estabelecidos.

Neste sentido leciona o douto jurista:

“A realidade do processo é a de um combate para o qual a lei municia as partes de certas armas legítimas e de uso legítimo, mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas. Como em todo combate ou jogo, há regras preestabelecidas a serem observadas... O Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultivar a ética no processo, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe severas sanções à deslealdade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3.ed., v.2. Malheiros, 2003, p.259).

¹⁹ VÉSCOVI, Enrique. **Teoría general del proceso**. Bogotá: Temis, 1984, p.64.

²⁰ CASTRO FILHOA. José Olímpio de. **O abuso do direito no processo civil**. 2. ed., p.31.

Portanto, para que este “combate jurisdicional” seja legítimo e justo, é imperativo que seja exigido dos litigantes o dever de lealdade para com seu adversário como para com a própria batalha (processo jurisdicional).

Complementa o doutrinador:

“A lealdade processual não se refere ao exercício das virtudes intrínsecas das partes ou de seus procuradores, obtidas pela condição moral de cidadãos irrepreensíveis e puros, mas diz respeito ao dever legal de atuação processual em regime de reciprocidade de tratamento, segundo padrões de seriedade que a lei processual exige ao colocar as partes em nível isonômico, sem que qualquer delas possa utilizar de modo fraudulento ou doloso a atividade jurisdicional para fins ilícitos. A lealdade vinculada ao princípio aqui examinado não é um sentimento que devam as partes e seus procuradores manifestar no curso processual ao juiz supostamente leal e virtuoso, **porém um comportamento legal que a lei estabelece para todos os sujeitos do processo, indistintamente, em prol da preservação da isonomia, que é direito fundamental assegurado na construção jurídica do procedimento.**” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.92). (Grifo nosso).

De conformidade com o princípio dispositivo, que domina o processo civil, cabe às partes atuar livremente no processo, propondo a ação com que ele se inicia, oferecendo ao réu a resposta do pedido, produzindo, ambas, as provas com que pretendem formar o convencimento judicial e recorrendo da decisão que lhe for adversa. Estes atos são ônus das partes.

Contudo, o exercício desses ônus é regulado pela lei, que exige das partes um comportamento honesto, leal e de boa-fé.

Este é, com o devido acato, o referencial principal a ser observado pelo juiz para a declaração da litigância de má-fé. Se um litigante, de qualquer forma, agir de forma desleal para com o processo e para com as partes, deve ser declarado como litigante de má-fé.

Não se trata de exigir ingenuamente que uma parte ofereça argumentos para que a outra ganhe. Trata-se de evitar que a vitória seja conquistada através da malícia, de atos contrários à justiça e à honestidade.

Aliás, este também é o posicionamento de corajosos acórdãos:

“É certo que o princípio da lealdade processual deve ser observado obrigatoriamente, haja vista que qualquer atitude antiética, além de afrontar direitos da parte, inflige principalmente a dignidade e o crédito da Justiça.”

“...qualquer atitude das partes que tenha o condão de afrontar o dever de lealdade no curso do processo, terá como consequência lógica a obrigação de indenizar em razão da litigância de má-fé.” (STJ - REsp nº 227.866/RS, DJ 13/12/1999, Rel. Min. Edson Vidigal. (Grifo nosso).

“A condenação ao pagamento de indenização, nos termos do art. 18, § 2º do CPC, por litigância de má-fé, pressupõe a existência de um elemento subjetivo, que evidencie o intuito desleal e malicioso da parte.” (STJ – 5ª T. Resp nº 199.321 – Rel. Félix Fischer – j. 08.06.2000).

Assim, por exemplo, é litigante de má-fé o reclamante que declara na exordial da reclamatória trabalhista que *nunca* percebeu horas extras ou outra verba qualquer e prova-se posteriormente que já recebeu. Da mesma forma é litigante de má-fé a parte que, desviando-se da discussão técnico-jurídica, passa a agredir diretamente, de forma descomedida e pessoal seu adversário.

6. Levando o processo a sério

É consenso tanto da doutrina quando da jurisprudência de que as partes devem agir com lealdade e veracidade. É unânime o entendimento de que as partes têm o direito de ter um processo justo, buscando a verdade através de uma conduta leal.

Entretanto a unanimidade se esvai na medida em que a questão se aprofunda: Quais são os limites éticos das partes? Quais são as circunstâncias fáticas que autorizam a declaração de litigância de má-fé?

Dworkin já constatou o paradoxo:

“...as pessoas que dão a mesma resposta a uma questão de princípio parecem divergir profundamente e dividir-se encarniçadamente nos casos particulares. O paradoxo aprofunda-se ainda mais, porque cada parte, ao menos em alguns casos, assume uma posição que parece inconsistente com a posição teórica que ambas aceitam” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.288).

A realidade é que a conduta desleal, de má-fé, tem várias e imprevisíveis modalidades para manifestar-se. A lei é incapaz de contemplar todas as hipóteses concretas de eventuais condutas maléficas que as partes devem ter. Por isso, o perigo da restrição hermenêutica para a declaração de litigância de má-fé.

Constata-se no dia-a-dia forense que, muitas vezes, o juiz não se utiliza dos instrumentos próprios para a efetiva repressão das condutas maléficas das partes.

Com absoluta certeza pode-se afirmar que se a *intenção maléfica* dos litigantes fosse ostensivamente combatida, as partes apresentariam suas alegações de maneira mais cortês, as “manobras” jurídicas seriam sensivelmente reduzidas, o que conduziria a um processo mais leal e justo.

O processo jurisdicional deve ser levado mais a sério. Aliás, não é só o processo. Os direitos e garantias constitucionais das partes não devem ser apenas enunciados técnico-jurídicos sem efetiva aplicação. A sociedade já não suporta que o processo jurisdicional seja apenas um amontoado de papéis, onde as partes, de forma irrefletida e ácida, buscam a satisfação de seus próprios interesses, se possível “massacrando” seu opositor.

Neste compasso, não é sábio omitir tão relevante ensinamento do ministro Sydney Sanches:

“O direito positivo e a moral nem sempre caminham juntos. Às vezes se afastam muito. O direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente. Ao interpretá-lo deve o Juiz entender a moral da época em que elaborado e em qual situação deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta” (*In: O juiz e os valores dominantes. O desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. n.99, p.91, 1992.).

A restauração da dignidade da justiça e o alcance da efetividade do processo estão relacionados de forma diretamente proporcional com a existência dos deveres de lealdade processual e de veracidade, os quais pugnam pela eficiente repressão ao abuso do direito de demanda e à má-fé em qualquer tempo.

7. Conclusões

Conforme se depreende dos anais da História, sempre se impôs aos homens o dever de dizerem a verdade como uma obrigação, condenando-se sempre o ato desleal como um ato de absoluta torpeza.

Não se trata apenas de um dever moral, mas de verdadeiro imperativo legal, condição da própria validade dos atos e negócios jurídicos e existência dos homens em sociedade. Eis, portanto, sua fundamental importância para a sociedade contemporânea.

A punição do comportamento processual desleal tem por objetivo simultâneo educar o faltoso para que não torne a transgredir as normas da lealdade – servindo de exemplo aos colegas advogados mais afoitos para que não cometam semelhante erro – e compensar a contraparte pela demora adicional imposta antes da solução do litígio.

Restringir e dificultar as hipóteses concretas de declaração de litigância de má-fé é um retrocesso altamente prejudicial à busca do processo justo, verdadeira utopia dos processualistas.

Clama, pois, a sociedade por um controle mais efetivo e, se necessário enérgico, dos atos das partes no processo jurisdicional. Não se pode vender os olhos para o fato de que muitas vezes a letra da lei se torna a algoz de sua própria intenção.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia Sagrada**. (Ed. cor. e rev.). São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Tratado do Processo Civil**, 2.ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. “Resistência injustificada ao andamento do processo”, **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v.17, jan.-mar./80, p.13 a 24.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 3.ed. São Paulo: RT, 1996.

BACRE, Aldo. **Teoria general del proceso**. t.I. Buenos Aires: Abeledo- Peraot.

BAPTISTA, José João. **Curso de Processo Civil**. 1.ed. Coimbra: Almedina.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1.ed., v.I., t.I, (2ª tiragem) Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BUZAID, Alfredo. *Processo e verdade no Direito brasileiro*. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.47, jul.-set./87, p.92 a 99.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. v.I. (Traducción de la Quinta Edición Italiana por SANTIAGO SENTIS MELENDO). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.



- CASTRO FILHO, José Olímpio de. **O abuso do direito no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Forense, 1960. p.64.
- COUTURE, J. Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 23.ed. São Paulo: Forense. 2003.
- DIAS, Ronaldo Bretãs C. **Fraude no Processo Civil**. 3.ed. Minas Gerais: Del Rey, 2001.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos à sério**. 1.ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 5.ed., v.I. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEAL. Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso do direito de demandar*. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.19, jul.-set./80, p.57 a 66.
- MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- _____. **Manual de Direito Processual Civil**. 4.ed., v.I. São Paulo: Saraiva, 1976.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 4.ed., t.I, (Atualização legislativa de Sérgio Bermudes). Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*, In: **Temas de Direito Processual Civil**. 2.ed. (Primeira Série) São Paulo: Saraiva, 1988, p.16 a 35.
- NERY Jr., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PADILLA, Luiz R. Nuñez. *Litigância de má-fé no CPC reformado*, **Revista de Processo**. São Paulo: RT, abr.-jun./95, Ano 20, v.78, p.101 a 107.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5.ed. Porto Alegre: Do advogado, 2003.
- REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. 3.ed., v.I. (reimpressão).



Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

ROCCO, Ugo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. v.II, (Parte general, 2ª reimpressão inalterada). Bogotá: Temis e Buenos Aires: Depalma, 1983.

ROCHA, José de Moura. **Processo de conhecimento**. v.I (Comentários condensados ao Livro I do Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Indenização na litigância de má fé*. **Revista dos Tribunais**, Jun./94, v.584, p.9 a 17.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7.ed. (Trad. de Luiz Autuori). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.

SILVA JÚNIOR, Nelson Soares da. *Litigância de má-fé: aspectos gerais perante nosso sistema jurídico-processual*. **Revista LTr**, v.61, mai./97, p.609 a 612.

SOUZA, Sílvio Capanema de. *A nova Lei do Inquilinato*. **Estado de Minas**, 05.02.1992, p.2.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. 1.ed. São Paulo: RT, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ÁREA DE JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurisp/Pesquisa/juri.asp>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de conhecimento**. v.I. Rio de Janeiro: Forense.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed., v.I, São Paulo: RT, 1976.

VÉSCOVI, Enrique. **Teoria general del proceso**. Bogotá: Temis, 1984.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no Processo Civil**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2002.



A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Inacio de Carvalho Neto**

RESUMO

O presente artigo aborda as alterações ocorridas no âmbito do Direito das Sucessões com a entrada em vigor do novo Código Civil. O estudo enfoca em especial a sucessão do cônjuge e a sucessão do companheiro diante das inovações trazidas pelo novo estatuto civil.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão do Cônjuge; Sucessão do Companheiro; Código Civil.

1. INTRODUÇÃO

O capítulo do novo Código Civil mais alterado, no âmbito do Direito das Sucessões, foi, sem dúvida, aquele que trata da sucessão do cônjuge e do companheiro.

Este trabalho tem, então, o objetivo de focar essas alterações, dando noções do direito que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003.

2. SUCESSÃO E MEAÇÃO

Em primeiro lugar, convém distinguir **sucessão** de **meação** de bens.

*Professor de Direito Civil na UniFil, na Escola do Ministério Público e na Escola da Magistratura do Paraná.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito pela Unipar. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo-USP.

Promotor de Justiça no Paraná. Autor de diversos livros jurídicos: entre outros, **Novo Código Civil comparado e comentado**, em 7 volumes, em co-autoria com Érika Harumi Fugie, Ed. Juruá. Autor também de diversos artigos publicados em diversas revistas jurídicas.

E-mail: inaciocarvalho@onda.com.br

A meação, instituto de Direito de Família, refere-se ao regime de bens. Sendo o regime do casamento ou da união estável ¹ o da comunhão (universal ou parcial, ou até mesmo o novo regime da participação final nos aquestos), terá o sobrevivente, por ocasião da morte do consorte ², direito à partilha dos bens comuns. Tem-se, aí, a figura da meação.

A sucessão, no entanto, independe do regime de bens. É deferida ao cônjuge ou companheiro por força de seu *status* de consorte.

Na meação, os bens já pertencem ao sobrevivente, embora eventualmente estejam em nome do falecido. Já na sucessão não, os bens pertenciam ao *de cujus* ³, sendo-lhe deferida a título de transmissão gratuita *causa mortis*.

3. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO DE 1916

O Código Civil de 1916 tratou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária ⁴ (art. 1.603). Consagrou aí já um avanço em relação ao direito anterior, que tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o 10º grau ⁵.

O cônjuge, ademais, não estava arrolado entre os herdeiros necessários (art. 1.721). Isto significa dizer que o *de cujus* podia afastá-lo livremente da sucessão, apenas dispondo de todos os seus bens em favor de terceiros em testamento.

4. O ESTATUTO DA MULHER CASADA

Para obviar algumas situações extremas, em que o cônjuge poderia ficar completamente desassistido após a morte do seu consorte, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62) criou o usufruto viual e o direito real de habitação, inserindo-os, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916.

¹ Observe-se que, na união estável, antes da entrada em vigor do novo Código, não se falava propriamente em regime de bens; a Lei nº. 9.278/96 falava em “condomínio”. O novo Código Civil, entretanto, altera isso, passando a presumir o **regime** de comunhão parcial de bens na união estável (art. 1.725).

² Observe-se que a partilha se dá não só em caso de morte, mas em toda dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. Aqui, entretanto, nos interessa apenas a hipótese de morte.

³ A expressão *de cujus*, de uso corrente em matéria de sucessões, é abreviação da expressão *de cujus successionem agitur*, ou seja, refere-se à pessoa “de cuja sucessão se trata”.

⁴ Ordem de vocação hereditária é a distribuição, pela lei, dos herdeiros em classes preferenciais.

⁵ Nas Ordenações de Portugal dava-se aos colaterais o direito hereditário até o 12º grau. Vê-se aí o quanto seria improvável a sucessão do cônjuge.

Usufruto vidual é o direito que se dava ao cônjuge viúvo, se o regime de bens não era o da comunhão universal, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, ou à metade, se não houvesse filhos.

Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, seria assegurado, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único imóvel a inventariar.

5. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Somente em 1994, por meio da Lei nº 8.971/94, reconheceu-se direito sucessório aos companheiros.

O art. 2º. desta lei dizia que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que vivam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participariam da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito à totalidade da herança.

Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto vidual, em condições muito semelhantes às do cônjuge.

Completando tal disposição, o art. 7º., parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 dava ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com as dos cônjuges.

Estava assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios.

6. O NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) inova profundamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro. Foi esta, certamente, a maior alteração feita pelo novo Código em matéria de Direito das Sucessões.

Melhorou muito o novo Código, como veremos, a situação do cônjuge. Quanto ao companheiro, em parte acompanhando as inovações em relação ao cônjuge, também acolhe melhoramentos. Mas naquilo que se distanciou da sucessão do cônjuge, foi efetivamente um desastre a regulação da matéria.

A primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da questão. Não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro no trato da matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente ⁶.

Ademais, também é criticável o fato de o novo legislador ter regulado a sucessão do companheiro no capítulo das disposições gerais da sucessão em geral (Capítulo I do Título I do Livro V da Parte Especial), enquanto que a sucessão do cônjuge é corretamente tratada no capítulo da ordem de vocação hereditária, que se coloca no âmbito da sucessão legítima (Capítulo I do Título II). Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio de Emenda apresentada em 1984 ⁷ pelo saudoso Senador Nelson Carneiro.

7. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO

A sucessão do cônjuge, como já dissemos, sofreu profunda modificação no novo Código.

A primeira alteração importante foi a colocação do cônjuge como herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes ⁸. É, com efeito, o que dispõe o art. 1.829:

⁶ Observe-se não se poder falar propriamente em igualdade constitucional ou equiparação entre o casamento e a união estável. Embora se tratem, ambos, de formas de constituição de família, são formas diferentes. A própria Constituição Federal faz distinção ao mandar a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Tratou, assim, o casamento como forma mais importante. Assim, não há inconstitucionalidade na distinção operada pela lei. No entanto, não há razão lógica para a distinção, sobretudo se considerarmos que a igualdade já havia sido consagrada no direito anterior.

⁷ Observe-se que, para a época, tratava-se de um significativo avanço para os então chamados de concubinos, tendo em vista que não se tinha ainda o trato constitucional da união estável como entidade familiar e, sobretudo, não se tinha ainda consagrado qualquer direito sucessório entre companheiros não casados.

⁸ Tal regra tem origem no Código Civil português (art. 2.133º.), que enumera as seguintes classes: a) cônjuge e descendentes; b) cônjuge e ascendentes; c) irmãos e seus descendentes; d) outros colaterais até o 4º. grau; e) Estado. Mas nosso dispositivo é mais técnico, enunciando uma classe específica para o cônjuge, ausente no sistema lusitano, o que dá margem às justas críticas da doutrina: “Mas a verdade é que, se não houver ascendentes nem descendentes, não se pode dizer que o cônjuge integra a 1ª classe sucessória – a pertencer à 1ª classe não pode estar condicionada ao fato de não haver ascendentes, que integram a 2ª classe. Para melhor esclarecimento sistemático – e sem que isto traga nenhuma discrepância quanto ao regime – melhor fora distinguir três classes sucessórias: 1ª caracterizada pela concorrência de descendentes, haja ou não cônjuge; 2ª caracterizada pela presença de ascendentes, haja ou não cônjuge; 3ª integrada pelo cônjuge somente, pressupondo-se que não concorrem descendentes nem ascendentes” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: sucessões**. 4. ed. Coimbra, 1989, p.343-344).

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.”

Tal disposição substitui o usufruto viual, e com grandes vantagens, pois agora o cônjuge tem, não apenas o usufruto, mas direito a parte da herança. Mas é bom se recordar que tal inovação só se aplica às sucessões abertas após a vigência do novo Código, ou seja, se o *de cujus* faleceu após 11 de janeiro de 2003.

Pela nova disposição legal, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se for casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens⁹, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.¹⁰ Ou seja, herda o cônjuge se for

⁹ Observe-se que a lei faz errônea remissão ao art. 1.640, parágrafo único, sendo que o texto referente ao regime de separação obrigatória está agora no art. 1.641.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. (Ponto-e-vírgula. In: **O Estado do Paraná**. Curitiba, 27/abr./2003. Caderno Direito e Justiça, p.1) defende a idéia, contrária à defendida no texto, de que o ponto-e-vírgula empregado no dispositivo teria o efeito de alterar o seu sentido. Segundo a autora, “no regime da comunhão parcial há a concorrência ‘se’ o autor da herança não houver deixado bens particulares. A *contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge concorrerá com os descendentes”. Mas, *data venia*, este entendimento não pode prevalecer. O ponto-e-vírgula empregado no texto não tem o condão de afastar o “salvo se” empregado no texto. O emprego do “ponto-e-vírgula” se explica para evitar a falta de clareza com o emprego de sucessivas vírgulas. É neste sentido também o entendimento de SANTOS, Luiz Felipe Brasil (Pontuações. In: **O Estado do Paraná**. Curitiba, 11/maio/2003. Caderno Direito e Justiça, p.1), que, citando gramáticos, diz que “utiliza-se o ponto-e-vírgula ‘para separar as partes, séries ou membros de frases que já estão interiormente separados por vírgula’”. Ademais, como bem lembra também o citado Desembargador, a interpretação finalística também não socorre à douta Desembargadora. É que o intuito do legislador é justamente o contrário daquele defendido pela autora, e justamente no sentido defendido no texto, qual seja: sendo o regime de comunhão parcial de bens, mas não deixando o *de cujus* bens particulares, o regime é semelhante ao de comunhão universal, em que todos os bens são comuns, pelo que se deve dar igual tratamento, ou seja, não deve haver direito à herança. Já se houver bens particulares, justifica-se o direito sucessório do cônjuge por não participar ele da sucessão sobre todos os bens. Insustentável, portanto, *data venia*, o entendimento esposado pela nobre autora.

casado com regime de separação total de bens, participação final nos aqüestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens ¹¹.

O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que, havendo comunhão ilimitada (que é evidenciada no regime de comunhão universal – embora neste também haja bens excluídos da comunhão – e no regime de comunhão parcial em que não haja bens particulares do *de cuius*), não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes ¹². Esqueceu-se o legislador, contudo, de que também no regime de participação final nos aqüestos pode haver comunhão ilimitada. ¹³

Nos termos do art. 1.832, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Então, se houver mais de três descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade de quinhões. O cônjuge herdará uma quarta parte, sendo as três restantes divididas por cabeça entre os descendentes. Note-se que isto só ocorrerá se o cônjuge for ascendente de todos os herdeiros com os quais concorre ¹⁴. Havendo herdeiros não descendentes seus (ainda que em concorrência com outros descendentes), sua cota será sempre igual à deles.

¹¹ Poder-se-ia discutir se também se aplicaria o dispositivo aos regimes mistos, formados com base no art. 1.639, *caput*, em que os nubentes, ao invés de escolherem um dos regimes fixados na lei, criam regime novo. Parece-nos, contudo, ser mais conveniente, neste caso, analisar-se o regime criado, estabelecendo uma comparação com os regimes fixados na lei. Regular-se-á a sucessão do cônjuge, neste caso, da forma como seria se o regime fosse aquele previsto em lei que mais se aproxima com o regime criado.

¹² Esta disposição pode gerar situações complexas, bem exemplificadas por CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (**Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.247-248): “Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. E nesta mesma situação com apenas uma linha telefônica adquirida anteriormente ao matrimônio, se o regime adotado for o da comunhão universal, o cônjuge recebe a meação também sobre o telefone, mas fica privado da concorrência na herança sobre a integralidade do acervo hereditário”.

¹³ Na verdade a impressão que se tem é que, como este regime foi acrescido no Congresso, esqueceu-se de fazer a atualização devida.

¹⁴ Esta interpretação se tira da expressão “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”, da parte final do art. 1.832. Com efeito, se nem todos os descendentes forem descendentes do cônjuge sobrevivente, este concorrerá tanto com descendentes seus quanto com descendentes apenas do *de cuius*, ou seja, não será ascendente dos herdeiros com que concorrer, pelo menos de nem todos eles, pelo que não se lhe reserva a cota mínima de um quarto da herança.

Em segundo lugar, herdamos os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento; em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão. Nos termos do art. 1.837, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; mas lhe caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Ou seja, se o *de cujus* tiver pai e mãe vivos, o cônjuge herdará um terço. Se só tiver pai ou só tiver mãe, o cônjuge herdará metade, cabendo ao ascendente sobrevivente a outra metade. Se não tiver pai nem mãe, também o cônjuge herdará metade, devendo a outra metade ser dividida igualmente por todos os ascendentes sobreviventes que estiverem no mesmo grau (avós, bisavós, etc.).

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838), como já se dava no sistema passado.

Mantém o novo Código o direito real de habitação no art. 1.831, estendendo-o a qualquer regime de bens. Não repetiu o novo Código a expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”. Obviamente o direito só existe enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte. Quanto à exigência de que permaneça viúvo, parece-nos revogada, embora seja criticável a nova disposição legal, em face do caráter assistencial do instituto. É inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e que, provavelmente, não necessita mais do benefício.

O novo Código acresce também uma restrição para o cônjuge no art. 1.830: seu direito sucessório se encerra não apenas com a dissolução da sociedade conjugal, como no Código anterior (art. 1.611, *caput*), mas também com a separação de fato por mais de dois anos. Trata-se, a nosso ver, de inovação inadequada, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, não devendo ser causa de extinção dos direitos conjugais. Mas pode o cônjuge provar que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.¹⁵

Por fim, cabe referir uma outra alteração importante no tocante à sucessão do cônjuge: passa ele a ser considerado herdeiro necessário (art. 1.845). Isto significa dizer que o cônjuge não pode mais ser afastado da sucessão por mero capricho do *de cujus*, simplesmente testando em favor de terceiro. Somente por meio da deserção poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão.

Mas aqui também reside o maior defeito do novo Código nesse campo: embora o cônjuge passe a ser herdeiro necessário, não cuida o novo diploma da sua

¹⁵ Observe-se que é dele o ônus da prova da ausência de culpa.

deserdação. Com efeito, embora o art. 1.961 preveja a deserdação dos herdeiros necessários (aí incluído o cônjuge) e os dois artigos seguintes tratem, respectivamente, das causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código algum dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge.¹⁶

Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges.¹⁷ Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserdado.

8. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO

Assim como em relação ao cônjuge, também a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no novo Código. Algumas positivas, justamente as que seguiram a linha da sucessão do cônjuge; outras, todavia, extremamente negativas, verdadeiros retrocessos na sucessão do companheiro.

A começar pelo local em que a matéria foi tratada (art. 1.790¹⁸), no capítulo I (Disposições gerais) do título I (Da sucessão em geral), fora, portanto, do capítulo referente à ordem de vocação hereditária (capítulo I do título II), e, sobretudo, distanciado da sucessão do cônjuge, o que é absolutamente injustificável. Nada impediria que o novo Código tratasse a matéria em conjunto com o cônjuge, simplesmente acrescentando a referência ao companheiro nos arts. 1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839. Mas este é um defeito de somenos importância, se comparado aos demais que daqui por diante se analisarão.

¹⁶ Bem por isso o Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende acrescentar o art. 1.963-A, com a seguinte redação: “Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”.

¹⁷ Vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito das sucessões**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003, vol. 7, comentários ao art. 1.961, p.178-179.

¹⁸ “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Em primeiro lugar, limita o art. 1.790 a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável¹⁹. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Veja-se o absurdo desta regra: não tendo o *de cuius* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública. Não obstante a confusão, prevalece ainda a distinção, já que o art. 1.725 é claro em falar do regime de bens na união estável. Não vemos incompatibilidade entre as duas disposições. Nada impede que o companheiro tenha direito à meação e à herança. Mas esta será sempre²⁰ sobre os bens adquiridos na constância da união a título oneroso. Luiz Felipe Brasil SANTOS dá claro exemplo do absurdo desta regra:

“Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público.”²¹

Na disposição do inciso I, concorrendo o(a) companheiro(a) com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à de cada um destes²². Assim, a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os filhos comuns, mais uma. Exemplificando: havendo três filhos comuns, a herança, excluída a meação, dividir-se-á em quatro partes iguais, ficando cada filho com uma parte e o(a) companheiro(a) com uma parte. Também não refere o dispositivo a

¹⁹ Observe-se que, para se falar em direito sucessório, é necessário estar caracterizada a união estável. Havendo impedimentos matrimoniais, ou não estando caracterizada a relação estável, ou seja, tratando-se de mero concubinato, nos termos do art. 1.727, não se pode falar em direito sucessório.

²⁰ Ressalve-se a hipótese de haver testamento beneficiando o companheiro, quando então poderá este ser contemplado inclusive com bens anteriores à união. O “sempre” empregado no texto se refere apenas à sucessão legítima.

²¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>> Acesso em: 04.06.2003.

²² A lei fala em “cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”, sendo de se questionar o termo “por lei”, já que, como bem diz VENOSA, Sílvio de Salvo (**Op. cit.**, p.E3), “... não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita”. Esta expressão só pode ser entendida como limitando a equivalência à cota do filho na sucessão legítima, o que não leva o companheiro à condição de herdeiro necessário, como pensa o citado autor.

possibilidade de ser outro o regime da união, com base no art. 1.725²³, quando então haverá distinção em relação ao cônjuge, tendo em vista que, para este, o art. 1.829, inciso I, faz discriminação de acordo com o regime de bens.

Havendo bens adquiridos na constância da união e bens não comuns, esta divisão igualitária só se aplica aos primeiros; os demais bens serão divididos exclusivamente aos filhos.

Não estabelece aqui a nova lei o mínimo de um quarto da herança ao companheiro, estabelecendo assim mais uma injustificável distinção entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge (art. 1.832).

Pela disposição do inciso II, se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocará ao(à) companheiro(a) a metade do que couber a cada um daqueles. Neste caso, então, havendo, por exemplo, dois filhos somente do *de cujus*, os bens comuns serão divididos em duas partes e meia, ficando cada filho com uma parte e o(a) companheiro(a) com meia parte. Os bens não comuns serão integralmente divididos entre os filhos do *de cujus*.

Dificuldade pode se colocar quando houver filhos comuns e não comuns. Ter-se-ia, neste caso, que conjugar as disposições dos incisos I e II do art. 1.790, ou seja, ao(à) companheiro(a) caberia cota equivalente à dos filhos comuns e que fosse, ao mesmo tempo, de metade do que coubesse aos filhos não comuns. Ocorre, entretanto, que eles são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade de quinhões entre os filhos. Se o filho comum A recebe x e o filho não comum B recebe também x , como poderia o companheiro receber o mesmo que A (x) e a metade de B ($x/2$)? Parece-nos prevalecer, neste caso, a regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança por todos.²⁴

Diz o inciso III do art. 1.790 que, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo. Somente não

²³ Vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002, v.6, comentários ao art. 1.725, p.259-260.

²⁴ No mesmo sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Os direitos sucessórios na união estável. In: **Jornal Valor Econômico**. Seção Legislação & Tributos, 19-21.04.02, p.E3; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Op.cit.**

havendo colaterais, recolherá o companheiro a totalidade da herança ²⁵, assim como ocorre com o cônjuge.

Tendo em vista o absurdo de tais disposições, o Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende alterar significativamente este dispositivo, sob o correto argumento de que “o art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor - Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96”, passando a constar:

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido a observância da situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

²⁵ Lembrando sempre que a lei limita o direito do companheiro aos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso. Embora SANTOS, Luiz Felipe Brasil (A sucessão... **cit.**) fale em antinomia entre o *caput* e o inciso IV, falando em “interpretação construtiva” para entender que, no caso do inciso IV, não haveria o limite aos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso, em nosso entender, tal interpretação é inadmissível *de lege lata*. Embora seja a norma injusta, não vemos como tirar tal interpretação da lei.

Preserva, contudo, o texto projetado a discriminação em relação ao cônjuge. O ideal seria simplesmente revogar este artigo 1.790, acrescentando a referência ao companheiro nos dispositivos que se referem à sucessão do cônjuge (notadamente os arts. 1.829, 1.832 e 1.837).

Discutível é a manutenção do direito real de habitação estabelecido para os companheiros no art. 7º., parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 e não repetido pelo novo Código, embora tenham os cônjuges semelhante direito (art. 1.831). Não tendo havido revogação expressa da lei, Sílvio VENOSA defende a manutenção do dispositivo.²⁶ Embora *de lege ferenda* pudéssemos concordar com o nobre autor, não nos parece, *data venia*, que lhe assista razão. A nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possamos ver nisto um grande defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que nos parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável.²⁷

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, segundo nosso entendimento, andou mal o legislador do novo Código no trato da matéria da sucessão do companheiro, seja pela desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge, seja pela limitação da sucessão aos bens adquiridos na constância da união, confundindo assim sucessão com meação.

Urge a correção dessas disposições.

Quanto ao cônjuge, avançou o legislador no trato da sua sucessão, podendo-se até mesmo enxergar exagero nas inovações.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Op. cit.**, p.E3. Contraditoriamente, afirma o autor estarem revogados os dispositivos da Lei nº 8.971/94 sobre o direito hereditário do companheiro ou da companheira, por estar a matéria disciplinada no art. 1.790 do novo Código.

²⁷ Neste sentido: GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. **Sucessão – regras gerais do novo CC**. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04.06.2003.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: sucessões**. 4.ed. Coimbra, 1989.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002, v.6.
- _____. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito das sucessões**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003, v.7.
- DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-vírgula. *In: O Estado do Paraná*. Curitiba, 27/abr./2003. Caderno Direito e Justiça.
- GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. **Sucessão – regras gerais do novo CC**. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04.06.2003.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pontuações. *In: O Estado do Paraná*. Curitiba, 11/maio/2003. Caderno Direito e Justiça.
- _____. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04.06.2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Os direitos sucessórios na união estável. *In: Jornal Valor Econômico*. Seção Legislação & Tributos, 19-21/abr./02.



CIDADANIA E JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

João Luiz Martins Esteves*

RESUMO

O presente texto foi elaborado com o objetivo de fornecer uma proposta para efetivação dos direitos sociais no Brasil. Estabelece também análise do desenvolvimento político e jurídico da categoria “cidadania” e mostra a sua relação com a concepção de “classe social”, identificando a trajetória da declaração e consolidação dos direitos fundamentais. Verifica sequencialmente, os motivos que levam a uma migração, para o campo jurídico, das demandas relativas à efetivação dos direitos sociais nos países em que ainda não se consolidaram, tendo como foco de atenção o Brasil. Por fim, aponta para os rumos a serem tomados pelo judiciário frente a estas novas exigências.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; Direitos Sociais; Classes Sociais.

ABSTRACT

CITIZENSHIP AND JUDICIALIZATION OF THE SOCIAL CONFLICTS

This study intends to provide a proposal which puts social rights in Brazil into effect. This is made through an analysis of the political and juridical development of the *citizenship* category and shows its relations to the concept of *social class*, identifying the course of the declaration and consolidation of the fundamental

* Docente de Direito Constitucional no Centro Universitário Filadélfia – UniFil, na Universidade Estadual de Londrina – UEL e na Faculdade Metropolitana/IESB.

Mestrando em Direito Público, Estado e Cidadania na Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL.

Procurador do Município de Londrina, Pr.

E-mail: joaoesteves@londrina.pr.gov.br

rights. Following, the motives which take migration to the juridical area are stated, concerning the relative demands for the social rights effectiveness in countries where this consolidation hasn't happened yet, with special foccus on Brazil. Finally, it points out the directions to be taken by the judiciary considering these new demands.

KEY-WORDS: Citizenship; Social Rights; Social Classes.

1. Introdução

Desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdição constitucional, através do controle concreto ou abstrato das leis, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais.

Através de uma visão do panorama geral das atividades desenvolvidas para esta efetivação é possível enxergar que os sindicatos, as organizações sociais não-governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, depois de uma série de batalhas no âmbito político, passaram a procurar, através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação daqueles direitos.

Esse fenômeno, tem sido chamado no mundo acadêmico, de “judicialização dos conflitos sociais”, ou tomando uma amplitude que revele a problematização da atividade política, “judicialização da política” a qual, muitas das vezes, traz nela embutidas questões de ordem social.

Analisar e concluir sobre os resultados e conseqüências deste fenômeno é o que nos propomos nas linhas que se seguem, fazendo uma proposição que não tem o interesse de ser conclusiva, mas pretende contribuir para o debate que vem sendo desenvolvido sobre a questão apresentada.

2. CIDADANIA

No âmbito do estudo do Direito no Brasil, e particularmente no Direito Constitucional, a categoria cidadania tem carregado uma identificação que a confunde com o exercício dos direitos políticos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, identifica a cidadania como um “*status* ligado ao regime político”¹. Fazendo uma análise sobre qual nacional (aquele que não é estrangeiro) detém a cidadania, cita o exemplo do analfabeto:

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional/Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. 22.ed. (atual.). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

“Veja-se o caso do analfabeto, que inscrito como eleitor, se torna cidadão ativo, mas não se pode tornar cidadão passivo, por não ter elegibilidade.”²

Sendo assim, conforme esta doutrina, comum e presente na grande maioria dos manuais de Direito Constitucional no Brasil, o analfabeto não é cidadão. Isto deve-se ao fato de ter-se reduzido a questão da cidadania à questão de caráter político-representativo, como modelo de positivação da ordem capitalista vigente.

Este discurso apresenta-se como caracterizador de uma cultura jurídica dominante, lógico-formalista de inspiração liberal, que tem por objetivo estruturar as categorias, que a princípio são político-sociológicas, em esquemas normativos regulatórios que as definam ideologicamente e impossibilitem uma maior amplitude ou a construção de uma trajetória de compreensão do seu significado. Enquadrar a categoria de cidadania em uma definição reduzida e hermética, não parece outra coisa senão, retirar-lhe conteúdo e amoldá-la a um concepção de Estado, ao qual se pretenda que fique presa.

É necessária uma redefinição, ou um resgate do real significado da cidadania em termos constitucionais, que supere a lógica-formalista vinculada ao ideário liberal, o qual ainda se faz sentir presente no ensino do Direito ministrado no país. Esta afirmativa, não é feita somente com o objetivo de contestar ideologicamente o modelo de ensino existente e a ordem político-econômica no qual ele se fundou. Traduz sim, uma preocupação em investigar e compreender a ocorrência de certos fenômenos da sociedade contemporânea, particularmente em terras brasileiras, derivados de uma elevação do grau de compreensão política desenvolvido a partir da edição da Constituição de 1988. Esta tomada de consciência política pode ser constatada a partir da verificação da montagem de milhares de associações civis nos últimos quinze anos, que se movimentam no sentido de reivindicar e garantir os direitos fundamentais proclamados, não somente na Constituição, mas também outros, derivados de uma esfera internacional. Esta movimentação tem passado por diversos estágios, chegando na atualidade a uma exigência que se faz em relação ao Poder Judiciário, de garantidor e efetivador desses direitos, processo este o qual tem-se denominado de “judicialização dos conflitos sociais”.

Para isso o estudo desenvolvido por T. H. Marshall em sua clássica obra, *Cidadania, Classe Social e Status*³, apresenta-se como de fundamental impor-

² Cf., *ibidem*, p.99

³ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

tância para que se fixe o alcance e o desenvolvimento da cidadania. O autor, analisando a sociedade européia, e particularmente a inglesa, resgata este conceito desde a fundação da categoria, traçando uma trajetória do seu significado e alcance, desde o século XVIII até o XX.

Define a existência de três elementos essenciais do conceito de cidadania, o civil, o político e o social⁴, que sendo confundidos durante a Idade Média, distanciam-se a partir da formação do estado liberal, podendo atribuir-se períodos de formação independente de cada um deles, levando-se em conta um entrelaçamento: a) os direitos civis no século XVIII; b) os políticos no século XIX; e c) os direitos sociais no século XX⁵.

A cidadania, portanto, inicialmente é declarada como resultante da aquisição dos direitos civis, que são aqueles próprios do indivíduo, e sobre esta noção ela desenvolveu-se inicialmente. E, apesar de identificados no século XVIII, em uma análise que possamos realizar da história do desenvolvimento do estado liberal, foi no século XIX, que se deu o marco da consolidação e reconhecimento desses direitos na maioria dos países. Por sua vez, os direitos políticos, tratados inicialmente como produto secundário dos direitos civis, somente adquirirão posição de independência em relação à cidadania no século XX⁶.

Também, os direitos sociais universalizaram-se durante o transcorrer do século XX e, particularmente, ganharam dimensão de importância permanente e, por vezes, superior aos direitos individuais a partir da segunda metade do século XX, identificado-se com o surgimento do estado de bem-estar social e a consolidação desses próprios direitos em termos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, passando a ser efetivamente reconhecidos e reclamados por setores organizados da sociedade contemporânea.

Sem receio, podemos identificar a partir da consolidação dos direitos sociais, também o surgimento dos direitos difusos e coletivos, onde o direito ambiental apresenta-se como propulsor dessa nova categoria de direitos que se encontra em fase de consolidação.

Ao analisar a trajetória do desenvolvimento da cidadania, Marshal não abandona a categoria existente de classe social. Pelo contrário, procura identificar a existência de antagonismos e congruências entre estas duas categorias, cidadania e classe social.

⁴ Cf. *ibidem*, p.63.

⁵ Cf. *ibidem*, p.66.

⁶ Cf. *ibidem*, p.70.

O conceito de classe social, iniciado a partir de Marx ⁷, revela a existência da propriedade dos meios de produção pertencentes a uma elite que, aproveitando-se da mão de obra dos não proprietários, apropria-se também do resultado do trabalho por eles realizado. Na sociedade capitalista esta elite proprietária, denominada burguesia, formada a partir do surgimento do próprio sistema, confronta-se com os reais produtores da mercadoria, o proletariado, que, despojado do fruto de seu trabalho, passa a realizar reivindicações através de organizações associativas criadas a partir do século XIX.

São em decorrência destas reivindicações, travadas através de lutas políticas e econômicas, que os direitos sociais passam a ser declarados. E se em alguns lugares levaram à contestação feita em relação ao Estado capitalista liberal, substituindo-o pelo Estado socialista, em outros, desta oposição resultou uma profunda modificação no Estado capitalista que, deixando de ser liberal, para que em um primeiro momento passasse ao reconhecimento destes direitos, posteriormente viesse a intervir nas relações sociais e econômicas para garanti-los e efetivá-los.

Sendo os direitos sociais, resultado de lutas derivadas dos antagonismos de classe, é necessário se saber, então, como é construída a formulação teórica que os absorve na categoria de cidadania, a qual está, a princípio, ligada a uma noção jurídico-política norteada pelo arcabouço ideológico capitalista e liberal, e portanto burguês.

Marshal, analisando a sociedade inglesa, conclui que a cidadania, a qual trás implícita a idéia de igualdade ⁸, tem sido uma instituição em desenvolvimento desde a segunda metade do século XVII, e que seu crescimento coincide com o desenvolvimento do capitalismo, que é um sistema de desigualdade. ⁹ Entende também que a existência de classes sociais traduz a desigualdade. ¹⁰

⁷ Lênin define classes sociais da seguinte forma: "As classes são grandes grupos de homens que se diferenciam entre si pela situação que ocupam num sistema de produção social, historicamente determinado, pelas relações em que se encontram relativamente aos meios de produção, pelo papel que desempenham na organização social do trabalho, e, conseqüentemente, pelo modo e pela proporção segundo os quais recebem a a parte da riqueza social de que dispõem. As classes sociais são grupos humanos, um dos quais pode apropriar-se do trabalho de outrem por ocupar posições diferentes num determinado regime de economia social."- (tradução de Geraldo Simões Jr). In: **O pensamento vivo de Marx**. São Paulo: Martins Claret Editores, 1986.

⁸ Cf., **ibidem**, p.76.

⁹ Cf., **ibidem**, p.76.

¹⁰ Cf., **ibidem**, p.76.

Portanto a identificação correta, determinante das relações sociais na sociedade capitalista, é a de existência de relações de desigualdade que dão suporte a antagonismos de classes. E a categoria cidadania tende a mostrar-se incompatível com a desigualdade capitalista.

Mas não é efetivamente o que se apresentou. O princípio de cidadania, não encontrou em conflito com o de classes sociais, e mais do que isto, acabou por justificar a desigualdade social do sistema capitalista.

O desenvolvimento simultâneo das duas categorias, classe social e cidadania, se estabelece não em virtude do que traduzem, igualdade ou desigualdade, mas fundamentalmente por serem entendidas como instituições de origens distintas. As diferenças de classe, no sistema capitalista, não se estabelecem em leis e costumes da sociedade ¹¹, mas emergem da combinação de uma variedade de fatores relacionados com as instituições da propriedade, educação e estrutura econômica. ¹² A cidadania, por sua vez, é estabelecida por uma determinação vinculada ao direito, é concedida aos que são membros integrais de uma comunidade, que são iguais em direitos e obrigações. ¹³

Esta diversificação da natureza de ambas as categorias é que permitiu a convivência em que a cidadania passa a legitimar a desigualdade, através do entendimento de que todos os homens, sendo livres, tinham o igual direito de exercer a liberdade para gozá-la plenamente. A desigualdade proveniente do exercício da liberdade individual, não foi preocupação encartada no conceito de cidadania, uma vez que esta decorre de um direito que se pretendia que fosse natural, e aquela é uma situação derivada do exercício das relações comuns, entendidas estas como a forma como se utiliza a liberdade. A cidadania, lastreada inicialmente nos direitos civis, nunca se incompatibilizou com as desigualdades provocadas pelo sistema capitalista. Segundo observa Marshal ¹⁴:

“Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram,

¹¹ Conforme ocorre em um tipo de classe que Marshal define como de espécies humanas distintas, hereditárias, patricios, plebeus, servos e escravos. Cf. **ibidem**, p.06.

¹² Cf., **ibidem**, p.77.

¹³ Cf., **ibidem**, p.76.

¹⁴ Cf., **ibidem**, p.79.

ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que o núcleo da cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.”

A trajetória da cidadania política, durante muito tempo ligada à cidadania civil, não modificou o quadro de desigualdade social existente durante os dois últimos séculos e, portanto, também não fez oposição ao conceito de classe social. Mas a possibilidade aberta a partir da consolidação deste tipo de cidadania no século XX e a ampliação do sufrágio, antes censitário e masculino e, posteriormente, universal, fez com que as reivindicações de caráter social, declaradas nas lutas empreendidas no século XIX e XX passassem a ser positivadas nos ordenamentos jurídicos, do qual a constituição de Weimar é exemplo clássico. Mas, em termos mundiais, tal positivação, pelo menos na primeira metade do século XX, não fora suficiente para dar garantia e efetividade a esses direitos.

Foram conquistas que forçaram o reconhecimento dos direitos sociais que acabaram por consolidar a denominada “cidadania social”. Marshal, analisando exclusivamente a Inglaterra, indica a elevação da renda, a universalização da educação e abolição da indigência como traços da consolidação de uma cidadania social que não somente reduz a desigualdade social, mas que modifica todo o padrão do sistema econômico e social.¹⁵

Marshal chega ao entendimento de que a cidadania social, traçada na incorporação dos direitos sociais ao instituto de cidadania, fato ocorrido durante o século XX, fez com que surgisse um antagonismo entre cidadania e o sistema de classes sociais do capitalismo, e sugere um estado de guerra entre ambos ¹⁶, causando um forte impacto nas relações econômicas e sociais.

¹⁵ Cf. *ibidem*, p.88-89.

¹⁶ Cf. *ibidem*, p.103.

É importante ressaltar que Marshal, em sua obra, não demonstra preocupação com a efetividade dos direitos sociais. Sua exposição faz a análise do desenvolvimento da cidadania tendo como pressuposto um conjunto de atos legislativos que identificam, em cada momento histórico, a afirmação dos direitos civis, políticos e sociais. Talvez essa falta de preocupação seja simplesmente decorrente do fato de que na Inglaterra as determinações legislativas são cumpridas, e de que o estado de bem estar social desenvolveu-se na Inglaterra através de uma participação ativa do parlamento em conjunto com a sociedade, cujas vontades talvez sejam as únicas na garantia desses direitos.

No Brasil, uma possibilidade de consolidação dos direitos sociais, iniciados a partir da positivação na Constituição de 1934, sofrera duros reveses, que se iniciaram como a própria derrubada desta Constituição três anos após, seguida de uma política paternalista e sufocadora dos anseios e lutas populares, realizada através da política populista implantada no Estado Novo, que teve seqüência nos governos que se seguiram até 1964, culminando com o período de “sufocação sem paternalismo” do regime militar.

Somente a partir da mobilização empreendida a partir dos anos finais da ditadura militar e da promulgação da Constituição de 1988, foi possível à sociedade brasileira iniciar uma movimentação que tivesse por objeto a proclamação, a garantia e a efetividade de direitos sociais e políticos que se identifiquem com a denominada cidadania social presente na Europa através do Estado de Bem-Estar Social que foi levado a cabo no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial.

Tal movimento traduziu-se na elaboração e proclamação da própria Constituição, consagradora de direitos que fazem parte do arcabouço de conquistas da humanidade, particularmente no aspecto da ocidentalização. Os direitos sociais nela inscritos, seja diretamente ou através de princípios explícitos ou implícitos, denotam o seu caráter de vinculação à concepção de cidadania social pugnada pelas concepções que, não são somente de Marshal, mas que derivam da construção da noção teórica e prática de igualdade social realizada no ocidente nos últimos cem anos.

Portanto, a Constituição Federal, ao proclamar direitos e garantias através de regras e princípios com forte conteúdo social, disseminados em todos os seus títulos e capítulos, que devem ser interpretados como sendo parte de um só sistema, adquiriu forma que a coloca na condição de reguladora e garantidora da cidadania social. E neste contexto, torna-se ultrapassada e descomprometida com o anseio popular, a doutrina que pretende identificar o conceito de cidadania como mero exercício de direitos políticos ou mesmo civis, negando-lhe conteúdo mais abrangente e vinculando-o à uma perspectiva liberal.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Aquele entendimento, que faz essa interpretação restritiva da cidadania, ou quando muito a estende ao exercício dos direitos individuais, mostra-se descomprometido com a possibilidade de efetivação dos direitos sociais inscritos na Constituição, pois serve de marco teórico para a doutrina que pretende ver afastada do campo de atuação do poder judiciário a apreciação de conflitos gerados a partir da não aplicação das regras e princípios de direitos fundamentais disseminados no texto constitucional.

Ao mesmo tempo em que foram ampliados os direitos sociais, através de lutas e conquistas, passou-se a exigir do Estado uma maior intervenção na garantia desses direitos, seja através do Legislativo ou do Executivo. Garantida a legislação, a sociedade busca agora a efetivação destes direitos, e diante de um executivo limitado pelos acordos macro-econômicos e políticos, busca no Judiciário, reconhecendo-o efetivamente como uma das instituições do poder estatal, a possibilidade de efetivação destes direitos.

Nesta busca pelo judiciário, como meio para solução dos conflitos sociais com vistas a dar consolidação à cidadania social, é possível identificar três tipos de contestação ou oposição, alicerçadas em diferentes matrizes de interpretação e de ideologia. A primeira, de caráter jurídico-sociológico, entende que a procura ao Judiciário para resolução destes conflitos encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder às demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial.¹⁷ A segunda diz respeito a um posicionamento de caráter jurídico-ideológico que entende não ser tarefa do Judiciário a resolução de tais conflitos. E faz parte de uma cultura jurídica que tem por objetivo impedir a discussão, o confronto e a tomada de decisão por parte do judiciário. A terceira, ligada a uma concepção político-ideológica entende que a judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos.

Na primeira concepção acima assinalada enquadram-se as teorias que surgem no âmbito do Direito, que dizem respeito à existência de um Direito que não é estatal, que se resolve nas comunidades, que é paralelo. Esta concepção, aliada à conformação de que o Judiciário é incapaz de resolver questões ligadas ao exercício da cidadania social, leva à conclusão de que sua proposição, para resolução dos conflitos, é tão somente buscar o exercício desta cidadania no seio da comuni-

¹⁷ SANTOS, Boaventura Souza. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português.** Portugal: Edições Afrontamento, 1996.

dade em seu sentido micrológico. Isto significaria a retirada e descompromisso estatal, com a consolidação dos direitos sociais e colocaria os setores mais fracos da relação social em condições de subjugação aos setores comunitários mais organizados ou violentos.

A segunda concepção, que não necessita de uma referência bibliográfica definida, pois encontra-se disseminada na cultura jurídica brasileira, e produz posicionamentos doutrinários como o enfocado no início, baseia-se em comandos que têm uma fonte epistemológica calçada em postulados jurídico-ideológicos, a qual forma uma cultura jurídica dominante que acaba por limitar a atuação do judiciário sob orientações que proíbem o juiz de julgar contra a lei e somente o fazem agir para reconstruir uma realidade que leve à subsunção de um fato a uma norma, sempre em conflitos que são particularizados, com a prevalência da garantia de direitos do indivíduo. Frente à existência desse acultramento jurídico, não somente setores conservadores e mantenedores do *status quo*, mas também magistrados preparados e talhados nesta concepção jurídica têm-se mostrado avessos ou perplexos, às novas exigências que lhes são feitas, negando a tutela do judiciário a reclamos da sociedade para o efetivo exercício da sua cidadania.

O terceiro entendimento, destituído de qualquer enfoque jurídico, não contribui para a análise do problema abordado, uma vez que não se preocupa com a postura que deve ser levada a cabo pelo Estado, face à demanda apresentada, mas tão somente propõe um deslocamento do campo onde trava-se a batalha pela consolidação dos direitos fundamentais. Nem mesmo preocupa-se em entender os motivos que levam à eleição das salas dos tribunais como arenas de disputa por tais direitos, e por este motivo não deve ser tomada em consideração para o desenvolvimento do presente trabalho, o qual tem assente uma constatação para a qual procura-se uma resolução a ser dada pelo Estado.

Quanto às duas primeiras posições acima destacadas, está caracterizado que servem aos interesses dos que pretendem a manutenção da atual ordem de coisas. A partir do momento em que o estado e, particularmente o judiciário, dá suas costas aos conflitos sociais existentes, escudando-se em uma teoria positivista-liberal, ou justificam-se na sua inoperância, passando a propor a resolução de conflitos fora do âmbito estatal, mantém-se a ordem da exclusão social e frustra-se a possibilidade de consolidação da cidadania social.

A busca que a sociedade faz ao judiciário, para resolução de conflitos sociais e efetivação da sua cidadania não é fenômeno brasileiro. Ocorre nas chamadas democracias sociais. E o fato de o judiciário brasileiro deparar-se com esta exigência, aponta para a consolidação de nossas instituições democráticas e sociais.

Tal expansão global do poder judiciário tem sido tratada sob o signo da “judicialization of politics”, conforme definido por Tate e Vallinder¹⁸, e que inclui também, como sugere a denominação, a decisão do poder judiciário sobre conflitos de ordem política, além daqueles de cunho social.

Sinteticamente poderíamos indicar dois motivos para esta busca do judiciário na consolidação da cidadania social: a) o excesso de leis definidoras de direitos sociais, reguladas pela Constituição ou nela inscrita diretamente, não mais justifica a simples luta parlamentar travada nas últimas décadas, uma vez que a positivação dos direitos já ocorrera, carecendo apenas de efetividade; b) a consolidação das instituições democráticas sob uma ótica de defesa dos interesses das minorias, que para asseguramento de seus direitos, não podem contar somente com o Parlamento ou outras instituições que efetivamente são controlados pela maioria.

Por estes motivos, o Poder Judiciário vem sendo chamado a desempenhar funções de garantir e dar efetividade à constituição, em questões sensíveis como o direito de minorias e o de justiça distributiva. Através da atuação de partidos, sindicatos e sociedades civis, o Poder Judiciário passa a tornar-se parte fundamental na possibilidade de consolidação da cidadania social, confirmando as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares¹⁹ a que, no caso específico do Brasil, agrega-se o papel de decidir em matérias de política econômica e de justiça social.

Esta situação, que coloca o Judiciário e seu papel emancipatório na “ordem do dia”, não é uma situação que pode ser escolhida por juristas, governantes ou legisladores. A escolha que está sendo feita parte da própria sociedade, que bate às portas do Poder Judiciário exigindo respostas. Não é uma situação da qual se possa ter efetivo controle, como se fosse possível ao juiz dizer ao povo que “fica do outro lado da praça” o lugar onde deve-se reclamar, uma vez que o reclamante já circulou pela “praça” e não obteve a resposta. Agora é a vez do Judiciário.

Garapon indica a existência de uma nova concepção de Estado, onde a justiça é compelida a proporcionar materialmente e não apenas formalmente a igualdade de direitos²⁰, sugerindo que, se no século XIX, da ordem liberal, houvera uma preponderância do Legislativo, e no século XX, sob a égide da providência, foi a vez do Executivo, o século XXI caminha para ser o da supremacia do Judiciário.²¹

¹⁸ VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press, 1995, p.5.

¹⁹ Cf., **ibidem**, especialmente os Capítulos 2 e 3.

²⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.227.

²¹ Cf., **ibidem**, p.227-228.

4. NOVA HERMENÊUTICA E NOVA JURISDIÇÃO

Para dar resposta a esta nova situação, concepções lógico-formais de direito, descomprometidas com a realização de justiça e consolidação da cidadania social, não cabem mais no mundo jurídico contemporâneo. O Poder Judiciário não pode mais ater-se à regra de aplicação de lei infra-constitucional aos fatos reclamados.

Com a constitucionalização de direitos sociais e coletivos, universalmente aceites no mundo ocidental, que ligam o Direito à Ética e colocam a lei como fonte secundária do direito, a cultura jurídica que entende ser função dos juizes a aplicação de um mero vínculo lógico-formal de normas aos fatos, torna-se deslocada da realidade exigida, e põe em xeque a função do Estado como modelo de sociedade política que possa atender os interesses da coletividade. Persistir nesse caminho, tal qual naquele que nega o recurso à justiça dizendo haver um direito que não é estatal, e que, portanto, nas comunidades devem resolver-se os problemas, criará uma crise institucional de dimensões ainda não previstas. Ou os magistrados assumem o papel de guardiões da Constituição e garantidores da cidadania, ou no futuro, talvez próximo, o Judiciário seja colocado no rol das instituições desacreditadas pela sociedade e termine como peça de retórica e legitimadora da desigualdade social.

O Poder Judiciário, não pode mais escudar-se na falsa idéia de neutralidade do juiz, que efetivamente não existe. Não é somente o magistrado que carrega uma carga ideológica derivada da sua condição de classe, e da sua experiência de vida. O Direito, que é instrumento, e não um fim dele próprio, está, por sua própria condição, orientado pela ideologia política do sistema ao qual serve e portanto fica subordinado às circunstâncias da atividade política.

Portanto, as decisões do Poder Judiciário repercutem politicamente e também socialmente, e isto não pode mais ser negado pelos membros da instituição. Exceto pelo compromisso com a cultura jurídica predominante, mantido por membros da comunidade jurídica, na atualidade, dificilmente encontraremos um setor da sociedade, que tenha a compreensão de que os julgados são totalmente destituídos de carga ideológica ou que sejam uma visão neutra das relações humanas. Ou seja, a subsunção do fato à norma válida, como método do Direito e explicativo da solução de litígios, o qual não se preocupa com o caráter de justiça da decisão, não tem mais encontrado a subserviência de uma sociedade que, ao contrário, requer uma maior aproximação entre as decisões prolatadas pelos magistrados e o Estado Social.

Ao mesmo tempo em que se faz necessária a formação de uma nova cultura jurídica, lastreada em uma nova hermenêutica para a consolidação da cidadania social, não menos importante é a existência de uma jurisdição que possa ser sensível à modificação exigida.

O Poder Judiciário no decorrer de sua história no Brasil, tem se mostrado uma instituição anti-democrática, tanto internamente, quando não deixa claro para a sociedade as regras de promoção e provimento de cargos, como no seu contato e aproximação com a sociedade. É comum ouvir que o juiz é uma pessoa que deve manter-se reservada e sem contato direto com o público, a fim de manter a sua imparcialidade. Torna-se, portanto, como é comum dizer, um ser anti-social. Isto também faz parte da cultura jurídica a que nos referimos. Esta postura tem se refletido nos tribunais, onde a sociedade encontra-se alijada quanto ao conhecimento dos procedimentos e decisões e, com exceção da figura do *amicus curiae* possibilitado em alguns procedimentos de jurisdição constitucional, cabe ressaltar que de forma deficiente, não existem mecanismos que coloquem o cidadão e o juiz num contato próximo em que este possa entender que aquilo que julga não são histórias descritas em um amontoado de papéis, mas possibilidades de vida que esperam a efetividade de uma justiça declarada, mas ainda não realizada.

5. CONCLUSÕES

Refletimos sobre, como a identificação do princípio de cidadania, vinculado a uma matriz liberal, ainda presente em nossa cultura jurídica, encontra-se avessa à ordem constitucional estabelecida no Brasil após a edição da Constituição de 1988.

Foi empreendida, a partir dos estudos de Marshal, uma análise sobre a trajetória da cidadania, constatando-se o surgimento do elemento social no século XIX, sendo possível concluir, a partir da leitura inglesa, que o século XX foi o da sua consolidação na Europa Central. E sugerimos que no Brasil a consolidação da cidadania social ainda é uma tarefa a se realizar.

As formas de reivindicação social se viram enfraquecidas através do diálogo parlamentar possibilitado pela cidadania política, através do qual se reconheceram direitos que foram positivados mas não adquiriram eficácia, e da constatação de que, muitas das vezes, é a própria atividade governamental realizada pelo Executivo, que impede a consolidação dos direitos sociais. A sociedade, passa a incumbir o Judiciário da tarefa de possibilitar a efetividade dos direitos sociais e realização da cidadania social.

Concepções, de matizes ideológicos diversos, tendem a negar ao Judiciário a tarefa que lhe vem sendo atribuída, mas demonstram ignorar que a postura de negativa à sua realização pode levar a uma crise de legitimidade do Estado, pelo menos este que conhecemos, uma vez que a porta do tribunal é a última a ser procurada e, portanto, a última possibilidade de se encontrar a saída.

Conclui-se que, uma tomada de posição pelo Judiciário, que leve em consideração a possibilidade de dar efetividade aos direitos sociais, deve ter em conta uma



significativa modificação da cultura jurídica predominante, em que se abandonem os critérios liberais e lógico-formalistas de interpretação e se ligue o direito à ética e à justiça, e ao mesmo tempo construa-se uma jurisdição democrática que não se esconda do povo e de suas aspirações, mas encontre nele o argumento e o sentido da existência do Estado e, portanto, do próprio Poder Judiciário.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional/ Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. 22.ed. (atual.). São Paulo: Saraiva, 1995, p.99.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.227.
- MARHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- SANTOS, Boaventura Souza. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português**. Portugal: Edições Afrontamento, 1996.
- SIMÕES JR., Geraldo. **O pensamento vivo de Marx**. São Paulo: Martins Claret Editores, 1986.
- VALLINDER, Torbjörn; TATE, Neal. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press, 1995, p.5.



ANÁLISE CRÍTICA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Luciana Mendes Pereira Roberto¹

RESUMO:

A distinção das obrigações em meios e resultados exerce papel fundamental no que pertine ao inadimplemento das obrigações e, especialmente, ao ônus da prova. Para tanto, é imprescindível uma análise dos conceitos das referidas obrigações, bem como seus reflexos na responsabilidade civil, cabendo também perquirir tais obrigações sob o foco das relações de consumo e as disposições da legislação consumerista. Ao final, especificamente, um estudo sobre a atual importância da distinção das obrigações em meio e resultado, diante da atividade profissional de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Contratual; Obrigações; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT:

The distinguish of obligation interms of possibilities and results carries out a essential role concerning the breach of contract of obligations, mainly to the evidence onus. Thus, it is extremely necessary an analysis of concepts of even obligations, as well its reflex on civil responsibilities, being also necessary to investigate the obligations under the viewing of consumption relations and consumers legislation. To sumarize, specifically, a study about the current importance of obligation dintinguish in terms of possibilities and results, in face of health professional activity.

KEY-WORDS: Contractual Responsibility; Obligations; Civil Responsibility.

¹Docente no Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia - UniFil.

Docente na Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina – UEL.

E-mail: lumendes@uel.br

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A doutrina contemporânea, diante da necessidade em definir a natureza da culpa contratual, realiza a distinção das obrigações de fazer em: obrigações de meio e de resultado.

O que são as obrigações de meio e de resultado, sua repercussão na responsabilidade civil, e sua utilização na atualidade, são temas que serão analisados adiante.

Cumpra, nesse momento, traçar um delineamento preliminar sobre tais obrigações, no que pertine ao seu surgimento, ou seja, como saber se uma obrigação é de meio ou de resultado?

Importante aclarar que a distinção ou classificação de uma obrigação como sendo de meio ou de resultado, trata-se de uma abstração. Isso significa que não há como dizer se uma obrigação é de meio ou de resultado, sem que exista, de fato, uma relação jurídica formada.

Tal classificação poderá ser feita, somente a partir do momento da formação do vínculo negocial entre as partes, a partir da manifestação de vontade das partes, diante de um negócio jurídico.

Neste momento importa esclarecer a diferenciação jurídica de fato, ato e negócio jurídico, para o entendimento, em especial, deste último. Fatos jurídicos são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus direitos ² (nascimento, morte, doença, caso fortuito, força maior). Os atos jurídicos, por sua vez, dependem da manifestação da vontade humana, mas seus efeitos decorrem da lei (*ex lege*), como, por exemplo, o reconhecimento de um filho, a fixação do domicílio, entre tantos.

Quando além da manifestação da vontade humana, há também a intenção das partes na produção de efeitos jurídicos (intuito negocial ³), decorrentes dessa vontade e dessa intenção, são chamados negócios jurídicos, que são os instrumentos da autonomia privada, tal seja o poder que têm as pessoas de criar as regras de seu próprio comportamento para a realização de seus interesses ⁴. Afirma VENOSA ⁵: “*É por meio do negócio jurídico que se dá vida às relações jurídicas tuteladas pelo direito.*”

² AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p.333.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Parte Geral**. 3.ed., v.1. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.367.

⁴ AMARAL, Francisco. **Op. cit.**, p.334.

⁵ **Op. cit.**, p.369.

Não há de ser esquecido o ato ilícito, que não é espécie de ato jurídico, posto que contrário ao direito. Trata-se de ato praticado com culpa, levando a lesão de um bem jurídico, e por essa razão, fonte de responsabilidade civil (dano e indenização), como será visto adiante.

Conforme afirmação acima, é o negócio jurídico o instrumento da autonomia privada, que pode ser entendida pelo poder que possuem os particulares, conforme AMARAL⁶, *“...para regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”*.

Cumprе ressaltar que o instituto da autonomia privada, acima descrito, não é sinônimo de autonomia da vontade, pois esta possui uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela marca o poder da vontade no direito de forma objetiva, real e concreta.

Historicamente, a partir da desvinculação do trabalhador do senhor feudal, ocorreu o afirmar da liberdade das pessoas, da libertação dos vínculos à terra e aos senhores (passagem do feudalismo para o capitalismo), sendo então neste momento que a autonomia privada passou a operar, investindo na própria noção de negócio jurídico, como realização da liberdade econômica.

Afirma PRATA⁷ que: *“O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o feito jurídico da vontade livre”*. E completa:

*“A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois, o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (...), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos
8... Autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada...”*⁹

Assim sendo, será o negócio jurídico, com sua característica primordial da manifestação da autonomia privada, que classificará a obrigação como sendo de meio ou de resultado. Enquanto não houver a manifestação da vontade, não há que se classificar as obrigações, ausente a concretude da relação negocial.

Como forma de exemplificar tais assertivas, pode-se citar a situação na qual um(a) paciente busca um certo tratamento médico, podendo ser inclusive uma

⁶ **Op. cit.**, p.337.

⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.10.

⁸ **Op. cit.**, p.11.

⁹ **Op. cit.**, p.23.

cirurgia plástica estética (nariz). Se o profissional de saúde, tal seja, o médico cirurgião, ao realizar a consulta, mostrar na tela de um computador, vários formatos de nariz, pedir para que a paciente escolha um de seu agrado, e afirmar que o nariz do(a) paciente ficará naquele molde, neste momento concretiza-se a relação entre as partes, tendo por objeto uma obrigação de resultado.

Por outro lado, se, nas mesmas circunstâncias, ao invés do médico afirmar para o(a) paciente que seu nariz ficará naquele molde, e disser que diante de sua experiência profissional, as técnicas modernas as quais utiliza, os cursos que realizou no país e no exterior, disponibilizará de toda diligência para adequar no melhor formato o nariz do(a) paciente, mas que não pode garantir que ficará igual ao de outra pessoa, posto que cada indivíduo tem suas características específicas e que nenhum ser humano é igual, estará instalando-se uma relação com obrigação de meios.

Não é, portanto, determinado tipo de relação contratual que classifica a obrigação como sendo de meio ou de resultado (p. ex. tratamento médico, cirurgia plástica estética ou reparadora, anestesia, odontologia, serviços de advogado, entre outros), mas sim, a partir da análise concreta da declaração da vontade das partes na formação da relação jurídica.

Contudo, outro aspecto a ser ponderado, trata-se da possibilidade ou não, de fato, em se estabelecer obrigação de resultado perante o “corpo humano”. Ou seja, é possível o comprometimento de um profissional de saúde, no caso da responsabilidade médica, efetivamente, obrigar-se a um resultado, sendo que o “objeto” a ser trabalhado é o corpo humano?

2 - DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO ¹⁰

A relação jurídica obrigacional é caracterizada pela formação de um vínculo patrimonial, através do qual um obrigado pode exigir do outro uma prestação. Tal prestação pode ser diferenciada se ela refere-se apenas a uma atividade do devedor ou, alcança o resultado dessa atividade.

¹⁰ Não será objeto deste trabalho, mas importa lembrar a classificação das obrigações também quanto à garantia. Assim afirma LIRA, Ricardo Pereira. *Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado a Pretexto da Responsabilidade Médica. Análise Dogmática.* “A obrigação de garantia tem por conteúdo a eliminação do risco que pesa sobre o credor. Seu objetivo é reparar as conseqüências do risco consumado, e a obrigação se cumpre pelo só fato da assunção do risco, embora possa ele não se concretizar. No contrato de seguro, o segurador elimina em favor do segurado a possibilidade das eventuais conseqüências de um possível sinistro. Mas, na conformidade do Art. 764 do Código Civil, “Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”. Constituem obrigações dessa espécie a do segurador, a do fiador, a do alienante relativamente aos vícios redibitórios e a evicção nos contratos comutativos”. Há obrigações tipicamente de garantia (contratos de seguro e fiança), e outras obrigações de garantia, em que ela surge combinada com uma obrigação de meio (empresas de segurança).

As obrigações de fazer impõem ao devedor ter que desenvolver de uma atividade que permita ao credor a satisfação de seu interesse, como executar uma obra, prestar um serviço, tratar de um assunto. A doutrina distingue tipos diversos, de acordo com o comprometimento por parte do devedor, podendo ser de pura atividade ou consista na obtenção de um determinado resultado. No primeiro caso fala-se de obrigação de meio e, no segundo, de obrigação de resultado.

Na obrigação de meio o devedor a cumpre o que foi contratado empregando diligentemente a sua atividade, ainda que não se consiga o resultado esperado. Por outro lado, na obrigação de resultado só há o cumprimento se o resultado é obtido.¹¹ Afirmam DIEZ-PICAZO e GULLÓN¹², que nos casos que seja duvidoso o enquadre da obrigação, deve resolver-se atendendo à circunstância de que o resultado esteja ou não ao alcance de quem desenvolve a atividade, sendo, então, obrigação de meios.

Afirmam os citados autores sobre o “enquadre da obrigação”, o que justamente se defende neste trabalho não ser possível, tratando-se de uma abstração (a obrigação ser de meio ou de resultado), será a concretização da relação entre as partes que definirá, que classificará a obrigação, através da análise da declaração de vontade.

A distinção das obrigações como de meios ou resultados, é atribuída ao jurista francês RENÉ DEMOGUE, em sua obra *Traité des obligations en general*, ao cuidar da questão do ônus da prova nas obrigações contratuais e obrigações delituais. Informa KFOURI¹³, que antes de Demogue, DOMAT e PLANIOL (França) e BERNHOFF e FISCHER (Alemanha), já asseveravam acerca desses conceitos, além do Direito Romano.

Tal diferenciação recebeu grande aceitação por parte da doutrina em todo o mundo, pois considera o fato de que as obrigações são de fato diversificadas, e como afirma GOMES¹⁴: “...umas impondo um resultado determinado ao devedor, as outras a simples adoção de um certo número de diligências”. Citado autor esclarece que os professores MAZEAUD e TUNC¹⁵ empregam outra terminologia: as obrigações de prudência e diligência (meios) e obrigações determinadas (resultados).

¹¹ DIEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. 6.ed. v.II. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1994, p.145.

¹² **Op. cit.**, p.145: *Los casos em que sea dudoso el enquadre de la obligación debe resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la atividade. Em esta ultima hipotesis la obligación será de médios.*

¹³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.226.

¹⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coordenador) **Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p.347.

¹⁵ *In*: MAZEAUD; A. TUNC, **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Montchrestien**, v.1, 6.ed., 1965, p.103-10.

DEMOGUE ¹⁶ aduz que esta distinção é importante no que pertence, especialmente, ao ônus da prova, pois nos danos da responsabilidade delitual, o demandante deverá provar a culpa de seu adversário, mas em caso de contrato, a culpa se presumirá, a não ser que sejam provados a força maior ou o caso fortuito. Daí a importância da diferenciação em obrigações contratuais de meio e de resultado (*obligation de résultat* ou *obligation de moyen*). Consideradas, então, as obrigações quanto ao seu conteúdo, pode-se mencionar as obrigações de meio, de um lado, e as obrigações de resultado, do outro.

São notórios a importância dessa classificação e seu reflexo na área da responsabilidade civil. O citado autor entende que o profissional liberal (médico, advogado) responde por obrigação de meio ¹⁷, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e ato danoso.

GOMES ¹⁸ afirma que a distinção das obrigações em meio e resultado, é característica da matéria contratual e assim deve permanecer, não fazendo sentido na seara delitual, considerando que nada projetam sobre a teoria de dita responsabilidade (não há manifestação de vontade). Além do mais, as obrigações de meio e de resultado tratam sempre de credor e devedor.

Ao seu passo, assevera CORDEIRO ¹⁹:

“Nas ‘prestações de meios’, a actividade desenvolvida seria, apenas a ‘prosecução de determinado objectivo’, com diligência, mas independentemente da sua obtenção; nas ‘obrigações de resultados’, o devedor estaria adstrito à ‘efectiva obtenção do fim pretendido’. Assim, a prestação de serviço do médico, seria, ‘apenas, de meios’: o médico não deve curar o paciente mas tão só fazer o que cientificamente seja possível, nesse sentido. A prestação do empreiteiro seria, antes, de ‘resultados’: nesse caso, ela consubstancia a efectiva realização da obra ajustada.”

¹⁶ DEMOGUE, René. **Des obligations en general - Les sources**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925. nº 1.237, p.536-544.

¹⁷ **Op. cit.**, p.539/540/544: *Le médecin ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins. A-t-on pense à déclarer responsable tout médecin dont le client meurt, sauf au médecin à prouver la force majeure?...Le professionnel qui a une profession libérale, c'est-à-dire exigeant une indépendance dans l'exécution comme le médecin, l'avocat n'a à sa charge qu'une obligation de moyen.*

¹⁸ **Op. cit.**, p.348.

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. v.1. (Reimpressão). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p.358.

Tema que gerou calorosos debates em França, ao redor das obrigações de meios e de resultados, segundo CORDEIRO ²⁰, tendo em vista o interesse no campo da responsabilidade civil, é o pertinente à responsabilidade do transportador, senão vejamos:

“...em caso de acidente, seria efectiva (a responsabilidade) se se entendesse derivar do contrato de transporte uma ‘prestação de resultado’ - colocar o transportado são e salvo no local do destino; não haveria, contudo, responsabilidade, se ele apenas estivesse adstrito a desenvolver, em termos de normalidade, a actividade necessária a um transporte eficiente - ‘prestação de meios’. Os termos da distinção têm, contudo, sido contestados com a consideração oportuna de que, quer num caso, quer noutro, ‘apenas haveria prestações de resultados’, uma vez que só estes interessam ao credor. Estaria, sim, em causa a natureza do resultado procurado, a qual conhece, aliás, infinitas graduações.”

Em função dessa situação e da própria caracterização da autonomia privada, é que se defende, neste trabalho, um não enquadramento de situações em obrigações de meio e resultado, mas sim, a concretude da manifestação da vontade das partes.

Mesmo assim considerando, importa distinguir a obrigação de meio e a obrigação de resultado, pois cada qual terá efeitos diversos. Na obrigação de meio, o devedor promete dispor de toda a diligência para executar o contrato, mesmo não prometendo um resultado, promete tentar alcançá-lo (é o esforço constante do homem perseverante, de acordo com sua capacidade e possibilidade). A atitude do devedor, neste tipo de obrigação deve ser analisada, como a diligência, do que os doutrinadores tratam, do “bom pai de família”; fato a ser apreciado em conjunto com as condições reais de realização da obrigação, bem como a qualidade do agente individualizado.

GOMES ²¹ divide as obrigações de meio sob três perspectivas. A primeira delas é a de velar pela conservação da coisa, como no caso do depósito e do penhor. A segunda seria a concernente à prestação de serviço, especialmente nas profissões liberais (contador, médico, advogado, dentista); e a terceira são as obrigações acessórias de segurança, ou seja, obrigações decorrentes de contratos, como por exemplo, a obrigação dos organizadores e monitores de esportes, de clubes e colônias de férias, de restauradores e hoteleiros, relativamente à organização e ao funcionamento dos respectivos estabelecimentos.

²⁰ **Op. cit.**, p.358/359.

²¹ **Op. cit.**, p.350/351.

STOCO ²² aduz que:” *...na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato...*”

Na obrigação de resultado, o devedor se compromete em um nível além da obrigação de meios, prometendo um resultado determinado e preciso, como, por exemplo, a obrigação de instalação de um sistema de alarme que sinalize o ingresso de pessoas em um determinado local. Sendo assim, mesmo considerando que “... não há certeza absoluta no mundo dos homens” ²³, o conteúdo da obrigação é o próprio resultado. Desta obrigação decorrem também, as obrigações de segurança e de informação.

As obrigações de segurança são reconhecidas ao devedor profissional, de não criar perigo para a saúde das pessoas; são acessórias da obrigação principal (que não consistem em cuidar da pessoa e não é aleatória para o devedor), como no transporte de pessoas. AGUIAR DIAS ²⁴ afirma:

“...consiste em compromisso de que não haverá acidente. De forma que a exoneração do devedor só é possível mediante a prova da ‘causa estanha’. A obrigação de segurança aparece, notadamente, nos contratos de transportes, de trabalho, de educação, de diversões públicas, de hospedagem, de hospitalização, de compra e venda, e pode referir-se tanto às pessoas como às coisas.”

As obrigações de informação (ou de esclarecimento, de conselho, de cuidado), nas quais o devedor deverá comunicar à contraparte as informações concernentes ao objeto do contrato (informação técnica); restam claras que são decorrentes da boa-fé que há de existir nas relações contratuais; são obrigações acessórias.

²² STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.287.

²³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Op. cit.**, p.351.

²⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. v.I, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973, p.203/204.

Quanto às obrigações de resultado, adverte LOPEZ ²⁵ que “...o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as conseqüências..”. E conclui: “Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.”

Destarte, obrigação de meio é aquela na qual o devedor não se compromete a realizar um resultado específico, contudo promete valer-se de toda a sua diligência, técnica, profissionalismo, destreza, cuidado e força de vontade para realizar a obrigação da melhor forma possível, dentro de suas possibilidades. De outra feita, a obrigação de resultado, é aquela em que o devedor compromete-se, não somente a ser diligente, mas especialmente a realizar um resultado determinado, em prol do credor, e este fica ciente de que o resultado de fato será efetivado.

De acordo com o entendimento traçado neste trabalho, busca-se não se exemplificar em demasia as obrigações de meio e resultado. São colocados apenas alguns referenciais já concebidos doutrinariamente, apenas para ilustrar. Pois, acredita-se que a classificação da obrigação de meio ou de resultado, somente ocorrerá no momento da concretização da relação jurídica, ou seja, da manifestação de vontade das partes.

A título de ilustração, portanto, pode-se dizer que a obrigação do médico, como no exemplo do cirurgião plástico, pode ser de meios ou de resultado. Porém, tendo em vista a relação obrigacional, um exame de Raio-X, um *check-up*, uma transfusão de sangue e mesmo a referida cirurgia plástica estética podem configurar obrigação de resultado, desde que o médico assuma expressamente a garantia do mesmo.

Conclui STOCO ²⁶:

“...O parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida pelo facultativo com o seu cliente. Se este se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, é presumidamente culpado, caso não o atinja...Ao contrário, se o médico somente se compromete a se esforçar para conseguir a cura, cabe à vítima do dano provar a sua culpa ou dolo...”

²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil - Responsabilidade civil dos médicos**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. In: STOCO, Rui. **Op. cit.**, p.287.

²⁶ **Op. cit.**, p.288.

Importa lembrar que o maior interesse teórico da distinção reside no ônus da prova. Quando o devedor assume uma obrigação de resultado, o credor não precisa demonstrar sua culpa: basta-lhe provar que o resultado prometido não foi alcançado. Por outro lado, na obrigação de meios, o ônus da prova recai sobre o credor, que deve provar que o devedor não se comportou bem no cumprimento da obrigação.

Daí entende-se que a distinção das obrigações em meio e resultado, está intimamente ligada ao descumprimento das obrigações. É o que será analisado a seguir.

3 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Muito embora a distinção das obrigações em meio e resultado tenha aplicação nas mais diferentes searas da responsabilidade civil, como por exemplo, no transporte de pessoas, no mandato, na empreitada, entre tantos, é na responsabilidade profissional que reside sua mais expressiva aplicabilidade, em especial na atividade de saúde.

A distinção elaborada por DEMOGUE foi bastante prestigiada na doutrina francesa, e, de acordo com as considerações de LIRA ²⁷ "...dez anos após a publicação do tratado de Demogue se firmava na Corte de Cassação, através do acórdão de 20.05.1936, 'Recueil Dalloz', I;88, 1936, de que foi relator Louis Josserand, julgado em que se debatia exatamente um caso de responsabilidade médica."

Diante da importância do instituto da responsabilidade civil, afirma ALCÂNTARA ²⁸:

"O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social produzido por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores."

²⁷ LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática.** Em: www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628014.htm Capturado em 22 de outubro de 2003.

²⁸ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante: o paciente, o médico, o jurista, o seguro.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1971.

3.1. - DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

No âmbito da responsabilidade, há uma relevante distinção a ser ponderada. Trata-se da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade contratual é derivada de um contrato. Assim, uma pessoa pode causar prejuízo a outra pelo fato de descumprir uma obrigação contratual, ou seja, no caso de um contrato não ser adimplido. É o caso do artista que não comparece para apresentar o espetáculo contratado.

Na situação de a responsabilidade não derivar de um contrato, é chamada aquiliana (extracontratual), em que não há qualquer vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, na ocasião em que este pratica o ato ilícito. Compreende a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão.

Importa ressaltar que esta distinção é moldada pela teoria dualista da responsabilidade, em contrapartida à teoria monista ou unitária, e de acordo com GONÇALVES ²⁹:

“...os adeptos da teoria monista entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos...basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos...se requer...o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexó de causa e efeito entre os primeiros elementos...Alguns países já adotam disposições de caráter geral sobre a ‘obrigação de indenização’ ...”

Nosso ordenamento admite a teoria dualista, diante de alguns aspectos. O primeiro deles é o ônus da prova, sendo que se a responsabilidade é contratual, o credor apenas fica obrigado a provar que a obrigação foi descumprida e o devedor não arcará com a responsabilização em hipótese de caso fortuito, força maior ou fato exclusivo da vítima. Se a responsabilidade for aquiliana, o autor deve provar que o fato ocorreu por culpa do agente.

O segundo aspecto é quanto às fontes de ambas as responsabilidades. A contratual tem sua origem no próprio contrato; a extracontratual, na observância do dever genérico de não lesar.

²⁹ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p.22/23.

O terceiro aspecto a ser ponderado é a capacidade do agente, mais restrita na responsabilidade contratual, porém, devem ser consideradas as inovações do Art. 928³⁰ do Código Civil, que estampam a responsabilidade do incapaz, a possibilidade de seu patrimônio responder pelos danos por ele causados, ainda que de forma mitigada.³¹ Outro aspecto, trata-se da gradação³² de culpa, pois na responsabilidade contratual, a culpa segue certo escalonamento, ao passo que na delitual, a gradação vai mais longe, alcançando até, como se refere GONÇALVES³³, *a falta ligeiríssima*.

AGUIAR DIAS³⁴, ao tratar da responsabilidade civil, aduz que *outro aspecto interessante da responsabilidade contratual é a atividade profissional*. Assim, cita JOSSERAND³⁵, ao afirmar que *um dos processos de que se tem valido a jurisprudência para ir em socorro da vítima consiste na substituição da responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual*. E completa: *...a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida*.

As obrigações implícitas no contrato tendo por objeto a prestação de serviços médicos³⁶, resumidas por LIRA³⁷, basicamente são: o dever de instruir o cliente, ou seus representantes legais se for o caso, relativamente aos riscos do procedimento, e relativamente a todas as precauções requeridas pelo estado do paciente; o dever de cuidar; para qualquer tratamento arriscado ou operação de

³⁰ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo Único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.15.

³² Art. 944 CC. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo Único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

³³ **Op. cit.**, p.25.

³⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v.1, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973, p.279.

³⁵ JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch, 1951. In: **Op. cit.**, p.279.

³⁶ Insta lembrar que, embora não seja tratado no presente estudo, o profissional da saúde, além poder se responsabilizar por fato próprio, poderá também assumir responsabilidade civil pelo *fato da coisa*, por *atos abusivos* e por *fatos causados por outrem*. Tais temas são brilhantemente abordados em: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v.2, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

³⁷ **Op. cit.** In: www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628014.htm

qualquer natureza, obter a aquiescência livre e clara do cliente (consentimento informado³⁸); e a abstenção de abuso ou desvio de poder, pois o médico não deve praticar experiências médicas sobre o corpo do cliente.³⁹

Considerando sob este aspecto as obrigações de meio e de resultado, já se ressaltou que tal determinação ocorrerá de acordo com o compromisso assumido pelo profissional de saúde e o seu paciente. Assim, a responsabilidade contratual do médico poderá ser presumida ou não, conforme STOCO:

“...Não há obrigatoriedade de presumir-se a culpa, só por estarmos diante de um contrato. O parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida pelo facultativo com o seu cliente. Se este se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, é presumivelmente culpado, caso não o atinja. Cabe a este profissional demonstrar a sua não-culpa ou ocorrência de caso fortuito ou força maior. O cliente (credor) só deve demonstrar o inadimplemento, isto é, que o resultado não foi alcançado. Ao contrário, se o médico somente se compromete a se esforçar para conseguir a cura, cabe à vítima do dano provar a sua culpa ou dolo. É o cliente ou a sua família que tem de demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia para que possa receber a indenização devida.” (Grifo nosso).

Em certas circunstâncias, claramente poder-se-á ter a responsabilidade médica extracontratual, quando inexistir uma relação contratual entre o médico e o paciente, ou entre o médico e os representantes legais. É o caso, por exemplo de pessoa, que sofre um “mal súbito” em via pública, sendo atendida por um médico, e este profissional pratique grave erro técnico, ocasionando danos na pessoa socorrida. Ou mesmo a pessoa que sofre um acidente automobilístico, sendo levada a um hospital de pronto socorro, no qual o médico pratica uma determinada intervenção totalmente errada, que causa a morte do acidentado.

Mesmo diante de tais afirmações e distinções de institutos doutrinários, no caso da atividade médica, acabam existindo os dois tipos de responsabilidades: a contratual e a extracontratual, porque ambas levam ao mesmo resultado, tal seja a

³⁸ Art. 15 CC. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

³⁹ AGUIAR DIAS, José de. **Op. Cit.**, p.284.

responsabilização e a conseqüente indenização. AGUIAR DIAS ⁴⁰ “aduz que esta *confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial, lembrando ainda, que tal contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços*”, restando clara a natureza contratual e extracontratual da relação jurídica.

Nesse contexto, VENOSA afirma que “A *atividade múltipla do médico não pode ficar presa exclusivamente ao plano contratual*” ⁴¹, e completa que ⁴²:

“...tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual se interpenetram..., por exemplo, nas responsabilidades profissionais. O cirurgião...ao executar uma operação de seu mister, poderá manter um contrato de prestação de serviços com o paciente ou com uma instituição hospitalar, mas sua responsabilidade emana não somente do contrato, como também dos deveres de conduta ínsitos a sua arte profissional.”

Diante dessas considerações, tem-se que, as obrigações de meios ou resultados são caracteristicamente aplicadas às situações de responsabilidade contratual, nas quais se enquadra a atividade médica. Porém, o âmbito de atuação é muito mais amplo, tendo em vista que o interesse é a indenização de um dano, considerando o objeto e o conteúdo dessas obrigações.

3.2. - DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Em se tratando do aspecto da culpa, característica fundante da responsabilidade civil extracontratual, há duas teorias: a subjetiva, que tem na culpa seu fundamento, e a teoria objetiva que se funda no risco, sem ser analisada a existência de culpabilidade por parte do responsável pelo dano, bastando a causalidade entre o ato e o dano para obrigar a reparar; trata-se da culpa presumida, ou das hipóteses de presunção de culpa dispostas no Código Civil, como exemplo, a relação entre patrão e empregado, ou o dono de animal pelos danos causados por este, entre outros.

40 **Op. cit.**, p.281/282.

41 **Op. cit.**, p.96.

42 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.473/474.

O primeiro aspecto a ser lembrado, com referência à responsabilidade médica, é o fato que a situação de tais profissionais tem se alterado em demasia ao longo do tempo. Antigamente, a figura do médico era comparada à de uma pessoa que tudo sabia, tudo resolvia, e a vida das pessoas garantia-se “em suas mãos”. No caso da ocorrência de morte, esta nunca seria imputada ao médico, mas sim à vontade divina.

Diante do desenvolvimento da tecnologia, da informação, da cultura, e do acesso das pessoas a essas mudanças, a situação passou a se modificar. O médico é hoje encarado como um prestador de serviços, que deve diligentemente exercer seu ofício, sob pena de ser interpelado judicialmente, seja cível ou criminal.

Ainda nos dias de hoje, mesmo com as mudanças referidas, a responsabilidade do profissional de saúde é estabelecida como sendo subjetiva, ou seja, depende da prova de culpa. Esta característica, crê-se ser devida à proteção dada a tais profissionais diante da nobreza do exercício das atividades de saúde.

Assim, sob o aspecto aquiliano, o Art. 186⁴³ e o 927⁴⁴ do Código Civil. Destacando o entendimento de que o disposto no parágrafo único do Art. 927 do Código Civil, não resta aplicável no terreno da saúde, visto que se trata da Teoria do Risco, com aplicação às atividades profissionais perigosas, que em sua essência produzem o “risco criado”. Fato que leva à aplicação o Código de Defesa do Consumidor (Art. 14, § 4º)⁴⁵, como resta pacífico no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

O Art. 951⁴⁶ do Código Civil, traz especificamente, o regramento indenizatório pertinente ao exercício de atividade profissional, destacando o aspecto da culpa. Referido dispositivo utiliza a palavra “paciente”, proporcionando o entendimento que de fato cuida da culpa no exercício da profissão de saúde.

A responsabilização civil do profissional liberal, o que inclui o profissional da área da saúde, depende de demonstração de culpa (negligência, imperícia ou imprudência), vez que tal responsabilidade é subjetiva, conforme disposição da legislação consumerista.

⁴³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁴⁶ Art. 951 CC: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Neste sentido, ilustra SILVA⁴⁷: “A responsabilização do médico depende de prova da existência dos elementos da culpa ou do dolo, sendo que a última hipótese traz consigo maior gravidade em razão da intenção de prejudicar.”

De tal forma, há responsabilidade objetiva, apenas nos casos especificados pela lei, e nestes não há necessidade de se provar culpa, mas sim a prova do dano e o nexo causal entre este e o evento danoso.

Porém, o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual no Código Civil é da responsabilidade subjetiva, entendida como sendo a que requer prova da culpabilidade do agente causador do dano.

No direito moderno, a teoria subjetiva passa a sofrer uma série de críticas, tendo em vista o surgimento da responsabilidade sem culpa, ícone da socialização, da solidariedade, da equidade, ou seja, dos fundamentos da atual doutrina da responsabilidade civil, refletindo, como assevera FRANÇA⁴⁸, “A sensibilidade do doutrinador ante os fenômenos sociais, conseqüentes e inevitáveis nesses tempos de hoje”.

PEREIRA⁴⁹, em recente visita ao Brasil, afirmou que o subjetivismo tende a cair e ser substituído pela forma de responsabilização sem culpa. Se, com o passar do tempo, os profissionais de saúde, paulatinamente passaram a responder pelos danos causados a pacientes, hoje, vê-se a tendência da não necessidade de prova de culpa para que tal ocorra.

Contudo, a realidade, por enquanto, é que nossos tribunais ainda exigem a prova de culpa, e conforme a legislação, essa apuração, que em regra deve ser feita pelo paciente, diante da responsabilidade subjetiva.

4. - DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 6º, VIII⁵⁰, trata da inversão do ônus da prova.

Diante da dificuldade probatória, por parte do consumidor, que pode ser o paciente, cabe ao juiz, o poder de inverter o ônus da prova. Isso significa que, pode ser o profissional “convocado” a provar que não agiu com culpa.

⁴⁷ SILVA, Carlos Alberto. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico.** Em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809 Capturado em 17 de outubro de 2003.

⁴⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. Em: www.pbnet.com.br/openline/gvfranca Capturado em 22 de outubro de 2003.

⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Responsabilidade civil dos profissionais em instituições de saúde na Europa.** Palestra ministrada no dia 22 de agosto de 2003, por ocasião do I Congresso Brasileiro de Administração dos Riscos na Saúde, em Londrina/PR.

⁵⁰ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...).

VIII - ... a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; ...

Um dos aspectos importantes da distinção entre a obrigação meio e a obrigação de resultado é justamente, esta inversão do ônus probatório, vez que na obrigação de resultado cabe ao profissional comprovar ter alcançado o resultado a que se comprometera; já na obrigação meio cabe, em regra, ao paciente demonstrar a culpa ou o dolo que justifiquem a reparação pretendida.⁵¹

Com propriedade, assevera STOCO⁵², citando Teresa Ancona Lopez:

“A questão da presunção de culpa e conseqüente inversão do ‘onus probandi’ não se liga à divisão entre culpa contratual e aquiliana, mas, sim, ao fato de a doutrina e a jurisprudência, mais recentemente, interpretarem as obrigações contratuais como obrigações de meios e obrigações de resultado, e aí está a ‘chave da mudança sobrevinda quanto ao ônus da prova’ (SAVATIER). Em resumo, o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso apurar se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda.”

Há o entendimento, expresso especialmente por KFOURI⁵³, da popularização da responsabilidade sem culpa, tendo em vista o já explicitado no sub-item anterior sobre a adoção de teorias objetivistas. E acrescenta KFOURI⁵⁴: *“Como se pode constatar, o ancião princípio da responsabilidade subjetiva sofre sensíveis abalos, nos dias atuais.”* E citando VAZQUEZ FERREYRA⁵⁵: *“...corre-se o risco de se passar de uma situação de vítimas indefesas a outra situação, não menos perigosa, de profissionais indefesos.”*

A inversão do ônus da prova, acaba por caracterizar um antagonismo intransponível, entre a tendência objetivista e a rotulação da obrigação de meios, como a contraída pelos profissionais da saúde, pois a partir do momento que o ônus da prova pode ser invertido, não mais subsiste o conceito.

⁵¹ SILVA, Carlos Alberto. **Artigo citado.**

⁵² **Op. cit.**, p.289.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**, p.40/41.

⁵⁴ **Op. cit.**, p.41.

⁵⁵ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. **La prueba de la culpa médica**. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, p.42. *In*: KFOURI NETO, Miguel. **Op. cit.**, p.41.

KFOURI⁵⁶ entende, citando Cláudia Lima Marques, que a inversão do ônus da prova não cabe para a responsabilização civil médica, pois subjetiva, transformar-se-ia em responsabilidade objetiva. Para tanto aduz sobre o “Diálogo das Fontes”, diante da integração dos artigos 6º e 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo o primeiro uma regra de juízo, de julgamento.

5 - CRÍTICA ATUAL À DISTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES EM MEIO E RESULTADO NO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES DE SAÚDE

Cuidando dos aspectos assumidos pela doutrina e jurisprudência em nosso país, vê-se que, a maior parte das atividades profissionais, especialmente do profissional de saúde, caracteriza-se por ser uma obrigação de meios.

Relembra-se o anterior posicionamento de que o que estabelecerá a espécie da obrigação será a manifestação da vontade, diante da formação do vínculo obrigacional, tratando-se de contrato.

Porém, partindo-se do entendimento de que, no geral, a obrigação assumida seria de meios, pode-se afirmar que o profissional não estaria se responsabilizando pelo insucesso do tratamento se, conforme a sua diligência, todos os recursos possíveis forem realizados. Nesse caso, caberia ao ofendido (ou sua família) provar a culpa do médico, o que leva à presunção em favor do profissional de que o dano ocorrido, não poderia ser evitado.

O que ocorre é que a obrigação assumida pelo médico, pode-se dizer que se trata de uma obrigação de atividade, na qual a busca é a cura, diante da aplicação de todas as suas técnicas e conhecimentos, e, assim, não pode ser garantida, mas tem o objetivo da produção de um resultado (obrigações de atividade), o que resguarda maior proteção ao credor ofendido.

Assim, deverá o profissional demonstrar, e provar, que os atos praticados antes, durante e depois do tratamento do paciente, foram diligentes e tiveram a efetiva finalidade de curá-lo. Com isso, aduz KFOURI⁵⁷ que “...se o médico demonstra a efetiva realização de atos tendentes a conseguir a cura, considera-se, por isso, haver cumprido a obrigação de seu cargo. A prova de que esse comportamento não constitui ‘atividade diligente, na forma devida’, é dever do paciente.”

⁵⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Limites da responsabilidade civil das sociedades operadoras de planos de saúde**. Palestra ministrada no VII Ciclo de Estudos de Direito - Responsabilidade Civil Contratual. Londrina/PR, em 07 de novembro de 2003.

⁵⁷ **Op. cit.**, p.233.

Deve ainda ser considerado, que a superação da obrigação de meio, deve-se também ao conjunto que forma a obrigação. Esta não é apenas formada pela diligência empregada pelo profissional, porque a ela soma-se o dever de informação e segurança. Afirma LORENZETTI ⁵⁸, que “...a ‘culpa’ surge quando se omite a diligência devida, considerado esse complexo de elementos.”

Diante da tendência atual, como foi já analisado, com a adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova, principalmente, e a teoria da carga dinâmica ou compartilhada das provas ⁵⁹, os mais modernos doutrinadores (entre eles: LORENZETTI, KFOURI, VAZQUEZ FERREYRA, ITURRASPE) afirmam que a utilidade da distinção das obrigações em meio e resultado, não surte mais efeitos.

Posto que, a utilidade da distinção se relaciona em sua essência ao ônus da prova, como outrora ensinou DEMOGUE, o fato de se considerar, em geral, a obrigação como de meios, assim incumbindo o paciente a provar o ato culposo do médico, porém abrindo a possibilidade da inversão do ônus dessa prova, a importância da distinção das obrigações em meios ou resultados resta sem utilidade.

Acrescente-se a esse fato que a verificação do dano não traz maiores problemas numa demanda judicial. O difícil é provar em que consistiu a conduta culposa do profissional.

Já foi dito que a assunção de obrigação de resultado sobre o corpo humano, pode ser considerada uma imprudência, pois é da natureza do ser humano sua especificidade. Cada pessoa tem sua própria composição corpórea, seus costumes e cargas genéticas (doenças, hábitos alimentares, vícios como álcool, tabaco, entre outros). E sendo assim, não pode o profissional de saúde se comprometer a um resultado.

No caso de insucesso ⁶⁰ de um tratamento, levando, por exemplo à morte do paciente, ou seja, a ocorrência de um dano, há de realizar uma análise se o fato se deu por razões ligadas à atuação ou não do profissional, ou a causas diversas, fora do contexto de sua atuação. Assim, não importa se a obrigação é de meio ou de resultado.

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidade civil de los médicos**. t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997, p.8.

⁵⁹ *Carga probatória dinâmica: deslocamento da posição da parte, em relação ao ônus da prova. As regras que determinam tais posições, no processo, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico.*

Carga probatória compartilhada: ou atribuição da prova a quem estiver em melhores condições de provar (por exemplo: conhecimentos científicos do médico); ocasião haverá em que a vítima fará a prova possível de seu direito e se determina ao médico demandado que também agregue elementos de convicção, de forma a resultar em julgamento justo e compatível com a realidade. KFOURI NETO, Miguel. **Op. cit.**, p.137.

⁶⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Jornal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB - Paraná)*. nº 99 - julho de 2003. Artigo: *Entendendo a responsabilidade médica*, p.17

Para coroar o descrédito da referida distinção, é relevante a análise sobre o ônus da prova, que pode ser determinado ao autor ou a o réu pelo julgador durante a demanda.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta concluir que, de fato, a origem da distinção das obrigações de meio e resultado, encontra-se pautada no ônus da prova.

Fez-se a análise da responsabilidade civil contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva, bem como das definições das referidas obrigações. Em síntese, sendo considerada obrigação de resultado aquela na qual o devedor obriga-se a proporcionar determinado resultado; pelo contrário a obrigação de meios implica na diligência do devedor em aplicar toda a sua habilidade, técnica e possibilidades para atingir um fim, porém sem garanti-lo.

Entende-se que tais obrigações tratam-se de abstrações, que apenas se concretizarão no momento no qual as partes manifestarem suas vontades. É o instante determinante da obrigação.

Em se tratando de tratamento de saúde, como foi mais abordado neste trabalho, entende-se que não há possibilidade da assunção da obrigação de resultados. Porém, resta a análise do caso concreto.

Não deve ser esquecido que, apesar da tônica deste trabalho referir-se às obrigações pertinentes aos profissionais de saúde, a distinção das obrigações em meios e resultados, também resta aplicável às inúmeras outras relações profissionais, como o advogado, o engenheiro, o contador, o administrador de empresas, o notário, os empreiteiros e construtores, entre outros.

Um advogado pode comprometer-se a uma obrigação de meio e a uma obrigação de resultado, dependendo da manifestação de vontade contratual. Ocorre que há o entendimento de que há determinados contratos nos quais o advogado comprometer-se-á com obrigação de resultado, como é o caso da Ação de Separação Consensual, premida dos pressupostos necessários.

Aspecto fundamental é o que pertine às novas teorias sociais, advindas com o pensamento deste século, em que o Homem é elevado e a sociedade toma seu importante valor perante as relações (Constituição Federal de 1988, Código de Defesa do Consumidor de 1990, Código Civil de 2002), e, assim, ocorrem reflexos como a inversão do ônus da prova, as cargas dinâmicas e compartilhadas⁶¹ (Ver nota de rodapé nº 56).

⁶¹ KFOURI NETO, Miguel. Palestra ministrada no I Congresso de Administração dos Riscos no Brasil. Londrina/PR, 21 de agosto de 2003.

KFOURI, cita o pensamento de LORENZETTI, e afirma que, no momento em que DEMOGUE distinguiu as obrigações de meio e resultado, inspirou-se na noção de “álea”, para a possibilidade de não se garantir resultado em determinadas obrigações.

Tratando-se de “corpo humano”, mesmo que alguns insistam em falar em obrigações de resultado, haverá sempre a “álea”.

Concluindo, o que importa em termos de responsabilidade civil, é sua apuração, o que poderá levar à devida indenização, diante do dano, da culpa e do nexo de causalidade entre ambos. Não importa se a relação é contratual ou extracontratual, se a obrigação é de meio ou de resultado, ressaltando FRANÇA, que “...o que vai prevalecer mesmo é a relação entre a culpa e o dano.” Tudo isso inserido no universo do ônus da prova.

Destarte, tem-se que a responsabilidade do profissional da área da saúde, sofre a tendência mundial (Europa, especialmente) de derivar de responsabilidade objetiva, com o intuito de beneficiar a vítima (autor da demanda), pois hoje, naquele continente, a teoria do risco tem sido bastante empregada, nos casos de dificuldade de provas.

Em sede de conclusão, não pode ser esquecida a Teoria Econômica do Estado quanto à responsabilização civil, pois, se há interesse estatal no incentivo de uma atividade econômica, ele adota a teoria da responsabilidade subjetiva, o que diminui os riscos e os custos para os produtos e serviços, logo também o custo para o consumidor final.

Porém, quando determinada atividade já está desenvolvida ou não precisa ser incentivada, adota-se a teoria objetiva, aumentando os riscos do fornecedor de produtos e serviços e, em consequência, o custo final, na medida em que tal risco é distribuído, restando onerado o consumidor. Resta aguardar o posicionamento jurisprudencial deste início de século.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHÁVAL, Alfredo. **Responsabilidad civil del medico – Libertad, verdad y amor en una profesion.** 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Penot S.A.E. e I., 1.992.
- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil.** v.I, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.
- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante: o paciente, o médico, o jurista, o seguro.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1971.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução.** 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p.333.



- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba: Editora Juruá, 2001.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. v.1. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- DEMOGUE, René. **Des obligations em general - Les sources**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I e II, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.
- DIEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. v.II, 6.ed. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1994.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Em: www.pbnet.com.br/openline/gvfranca
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Jornal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB - Paraná)*. nº 99 - julho de 2003. Artigo: **Entendendo a responsabilidade médica**.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coord). **Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 23.ed. (Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior) Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6.ed. (Atualizada e ampliada). São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch, 1951.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Palestra ministrada no I Congresso de Administração dos Riscos no Brasil. Londrina/PR, 21 de agosto de 2003.
- _____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5.ed. (Revisita e atualizada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LEAL, Carlos Renato Cotrim. **Aspectos relevantes da responsabilidade civil do médico**. Em: www.teiajuridica.com/rescivmed.htm Capturado em 20 de outubro de 2003.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.
- LIMA, Gilberto Baumann de. **Implicações ético-legais no exercício da enfermagem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Mondrian, 2003.
- LIRA, Ricardo Pereira. **Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica. Análise dogmática**. Em: www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628014.htm
- LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético - Responsabilidade civil**. 2.ed. (Revisita, atualizada e ampliada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Responsabilidade civil - Responsabilidade civil dos médicos.** 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidade civil de los médicos.** t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei.** 4.ed. (Revista e ampliada). São Paulo: Lejus, 1998.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Responsabilidade civil dos profissionais em instituições de saúde na Europa.** Palestra ministrada no dia 22 de agosto de 2003, por ocasião do I Congresso Brasileiro de Administração dos Riscos na Saúde, em Londrina/PR.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REPUSAS, Felix A. Trigo; STIGLITZ, Ruben S. **El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico.** Buenos Aires: Editora Astrea, 1983.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SILVA, Carlos Alberto. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico.** Em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809 Capturado em 17 de outubro de 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Erro médico.** Em: www.filosofiyderecho.com Capturado em 11 de novembro de 2003.

_____. **Responsabilidade civil no erro médico.** Em: www.filosofiyderecho.com Capturado em 11 de novembro de 2003.

_____. **O dano estético na atividade do médico.** Em: www.filosofiyderecho.com Capturado em 11 de novembro de 2003.

_____. **Responsabilidade civil do hospital.** Em: www.filosofiyderecho.com Capturado em 11 de novembro de 2003.

_____. **Responsabilidade civil do médico.** Em: www.filosofiyderecho.com Capturado em 11 de novembro de 2003.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 4.ed. (Revista, atualizada e ampliada). 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. **A Responsabilidade civil subjetiva como regra geral no Novo Código Civil.** Em: www.mundojuridico.adv.br Capturado em 11 de novembro de 2003.



VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. **La prueba de la culpa médica**. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Parte geral**. v.1, 3.ed. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil - Responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil - Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

www.bristol.com.br/saude/ler_dort/fasc5/ler5-40.htm **Obrigação de meio X Obrigação de resultado**. Capturado em 21 de outubro de 2003.



DIREITO COMUNITÁRIO NA UNIÃO EUROPÉIA

Rozane da Rosa Cachapuz*

RESUMO

A crescente complexidade das sociedades, sobretudo os conflitos gerados através das guerras, tem levado os povos à busca de uma união de esforços, fundamentada na proteção da liberdade, da paz e de uma economia estabilizada. É o fenômeno da globalização, onde as nações abrem as portas de seus interesses pessoais e dão as mãos para buscarem soluções conjuntas. O direito europeu tem se tornado um espelho para o mundo, através da formação de um direito comunitário, que tem facilitado, sobremaneira, a integração dos povos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comunitário; Integração, Globalização.

1. INTEGRAÇÃO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Homem, desde a sua criação, não foi gerado para viver só. Foi-lhe necessário um(a) companheiro(a) para que estivesse ao seu lado.

Os primatas, habitantes das cavernas informes, quase irracionais, já podiam perceber a importância de não estar só. Krusner afirma que *“um só ser humano não é ser humano”* e conclui seu pensamento, dizendo: *“as qualidades que nos fazem humanos só emergem através das maneiras pelas quais nos relacionamos com os outros.”*

*Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Docente na Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Mestre em Direito Negocial (Civil e Processo Civil) pela Universidade Estadual de Londrina.

Doutora em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogada.

E-mail: rozane_cachapuz@hotmail.com

O que nos leva a entender que a integração tem seus antecedentes nos idos da História e que o mesmo impulso inicial ocasionou a busca da integração grupal, no intuito de uma globalização das relações sócio-político-culturais e econômicas, dando forma e conteúdo às relações entre as pessoas, sem perder de vista as suas individualidades.

Integração segundo o entendimento de SOLÍS¹ vem a significar “... *constituir, formar, fazer um todo ou conjunto com partes diversas*”. Assinala o referido autor, que a grande dificuldade da integração está identificada com o número e diversidade de partes a integrar.

A integração geralmente é impulsionada por interesses econômicos, afinidades culturais e facilitada pela posição geográfica entre os países. O que leva os povos a buscar uma atuação conjunta, com o intuito de alcançar melhores resultados de participação social e econômica, no ajuste equilibrado de soberanias.

O universo das relações dirige-se cada vez mais na tentativa de oportunizar uma política de trocas, onde as soberanias absolutistas foram cedendo lugar a uma disposição crescente de intercâmbio. E a integração pode ser considerada como o grande vetor para derrubar fronteiras e unir os povos, colaborando, ainda, para o melhor relacionamento entre as nações.

Há que se considerar a grande importância da integração ao estimular a competitividade empresarial, firmada em melhor produtividade e maior produção, com menor preço, desbravando fronteiras para que o similar estrangeiro venha disputar espaço comercial.

É o que podemos constatar nos ensinamentos de IANNI²:

“Os efeitos da globalização dos mercados mundiais e da transnacionalização do capital têm registro, entre outros fatores, na operacionalidade resultante da nova divisão internacional do trabalho e padrão de produção e distribuição em larga escala, sob a égide do máximo lucro e menor custo, mediante a detenção do conhecimento de sofisticadas tecnologias informatizadas e a utilização da ideologia de consumo de massas.”

Também a desburocratização deve ser levada em conta, por se tratar de um mecanismo que facilita sensivelmente uma economia liberta de dificuldades, as quais servem apenas para ocasionar ou facilitar a corrupção.

¹ NIETO SOLÍS, J. A. **Fundamentos y políticas de la Unión Europea**, p.4.

² IANNI, O. **A sociedade global**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1994.

IANNI, O. **As teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

Não se está deixando de levar em consideração a relevância operacional do Estado, que é a mola propulsora de uma sociedade organizada, entretanto, é possível constatar que a integração desenvolve-se melhor, no terreno da iniciativa privada, mesmo necessitando das leis que vêm do Estado.

2. A INTEGRAÇÃO NA UNIÃO EUROPÉIA

A cultura européia tem suas raízes firmadas no Cristianismo.

Nos idos de 1950 e 1960 é que começa, verdadeiramente, o processo de integração econômica, até então manifestado por formas isoladas e prematuras de países que visavam apenas vantagens comerciais.

A comunidade européia, em seu processo integracionista, no pós-guerra, de 1945, levanta-se imponente de mãos dadas com seus vizinhos, Alemanha, França, Itália, Inglaterra, para resolverem os problemas a serem enfrentados na reconstrução dos escombros herdados dos conflitos, pela via de habilidade política, artesanalmente constituída e industrialmente conduzida, pelo motor imperativo da economia, envolvendo, igualmente, tão profundas quanto aparentemente irreversíveis estruturas mentais.

É o que se pode observar no novo rumo a ser tomado pela Europa, superando um percurso de guerra, rumo à solidariedade, com o intuito de resgatar o que há de mais importante no ser humano, que é justamente sua visão de humanidade, para que possa alcançar instituições e práticas governamentais mais abertas e mais justas.

Principalmente, entendendo-se que em tal momento-tempo, conforme definido por KING³: “... o novo contexto internacional é um mundo problemático, resultante da influência recíproca de diversos fatores, que tornam praticamente impossíveis as soluções isoladas, por estarem despidas de força conjunta, o que vem criar um clima de incertezas, onde se multiplicam as ameaças.”

A necessidade de um acordo global do continente, se fazia indispensável, para que pudesse proteger a paz de seu, tão sofrido povo, diante do risco de novos conflitos armados.

É, pois, inevitável a redistribuição de forças e o repensar da ordem internacional, levando a uma nova adaptação da reflexão jurídica na busca da paz social.

Paz essa, tão magistralmente defendida por KANT⁴, em seu projeto de paz perpétua, afirmando que os monarcas almejam a guerra por entenderem seus estados como seu patrimônio pessoal.

³ KING, V. A. **The state of the planet**. Pergamon Press, 1980.

⁴ KANT, Immanuel. **Projet de paix perpétuelle**.

Daí a necessidade premente de se repensar uma nova política social, frente à impossibilidade do Estado promover de uma forma adequada, suas metas e objetivos, a não ser que se integre a outros Estados, através de mecanismos de organização de interesse comum.

Principalmente, considerando-se as crises e necessidades dos Estados, em momentos históricos determinados é que se consegue vislumbrar um processo de vontade política na busca de implantar uma comunidade de integração de economias nacionais, firmadas através de um mercado comum e de políticas econômicas e monetárias em direção à união total ou de uma completa integração econômica.

Devendo-se ter sempre em consideração, que a meta principal de qualquer projeto de integração econômica, pela sua própria ordem natural, fundamenta-se na livre circulação de bens e na harmonização de políticas macroeconômicas.

3. A COMUNIDADE EUROPÉIA

A Comunidade Européia traça suas primeiras diretrizes quando à iniciativa franco-alemã se juntam a Itália e os três países do BENELUX, já unidos, em esforço comum, para a integração econômica na Europa. Consolidando-se, institucionalmente, quando da assinatura do Tratado que cria a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) ocorrida em Paris, em 18 de abril de 1951, e sua posterior ratificação e entrada em vigor em 25 de julho de 1952.

Inicialmente formou-se uma união aduaneira, com o intuito de amenizar conflitos oriundos da segunda grande guerra mundial, a fim de resolver problemas de ordem nacional, como a organização de um sistema novo de política de segurança.

Após o primeiro estágio, já se verifica a busca da supressão de barreiras quantitativas entre os Estados-membros, determinando a eliminação de todos os obstáculos à livre circulação de mercadorias, como um dos principais objetivos do Tratado da Comunidade Econômica Européia.

Essa matéria teve inúmeros conteúdos jurisprudenciais, onde foi sendo pormenorizado seu alcance e conteúdo, superando os ditames da formulação genérica e abstrata do Tratado.

Desde os tratados constitutivos foi determinado no TCEE em seu artigo 37.6 *“...que a regulamentação da matéria, no ordenamento comunitário, seria feita através de recomendações de caráter não-vinculante, embora sejam estas demasiadamente numerosas e de alcance limitado para serem referidas.”*

4. DA UNIÃO EUROPÉIA

A União Européia tem suas origens fundamentadas pelos Tratados de Paris e de Roma, alterados desde 1958 pelos Tratados de Bruxelas de 08 de abril de 1965, de Fusão de Executivos, o de Luxemburgo de 22 de abril de 1970 e de Bruxelas de 22 de julho de 1975, o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo e em Haia, 17 e 28 de fevereiro de 1986, o Tratado da União Européia, assinado em Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, o de Amsterdã, em 17 de junho de 1997 e, o mais recente, assinado em março, na cidade francesa de Nice, em 2000.

O Tratado de Maastricht é considerado como um alicerce fundamental da União Européia, principalmente no que tange a política social, implantando a cidadania européia, onde os estados-membros comprometeram-se a harmonizar suas legislações em relação ao controle alfandegário, imigração dentre outros.

O Tratado de Maastricht de 07/02/1992 é um marco de união entre os países da Europa, no acordo sobre a política. Prevê direitos à proteção diplomática, direito à livre circulação, livre estabelecimento e residência, direito à elegibilidade para o Parlamento Europeu em estado diverso ao de origem, direito de petição ao Parlamento Europeu e direito de queixa ao Ouvidor, entre outros.

A União Européia é constituída por um conjunto de normas próprias, efetivadas por dois tribunais supranacionais, em cooperação com os tribunais nacionais.

É formada por organismos políticos, tais como o Conselho da Europa, que foi incorporado pelo Ato Único Europeu, integrado pelos chefes de Estados dos governos dos países-membros, acompanhados de seus Ministros de Relações Exteriores; pelo Parlamento Europeu, formado pelos integrantes dos povos dos estados-membros da União Européia; Conselho de Ministros, integrado por um representante de cada estado-membro, devendo assegurar a coordenação das políticas econômicas gerais; Comissão, composta por dezessete membros nacionais de cada estado-membro, onde exercem suas funções com absoluta independência; Tribunal de Justiça, integrado por três juízes eleitos por um período de seis anos, designados de comum acordo pelos governos dos estados-membros; e por um Tribunal de Contas, constituído por doze membros com conhecimentos das instituições de controle em seus respectivos países.

5. O DIREITO COMUNITÁRIO

No curso da integração da União Européia, o direito comunitário foi um instrumento primordial.

O direito comunitário pode ser compreendido como uma disposição jurídica, supra nacional, com autoridade e eficácia, se estendendo em todo território dos estados-membros.

É o que ensina VIEIRA ⁵: “O direito comunitário é um sistema à parte, que tem fonte própria, e se aplica sobre todo o território dos estados-membros, criando direitos e obrigações para Estados e indivíduos.”

É importante salientar o aspecto dualístico do Direito Comunitário. Ele é composto pelo direito originário, contido nos Tratados constitutivos, pelos quais foi gerada uma ordem jurídica própria, da qual resulta um direito derivado, criado pelas instituições comunitárias, sob diversas roupagens jurídicas.

Na realidade, o Mercado Comum Europeu pode ser considerado como resultado de um tratado supranacional, com a finalidade de construção de um espaço interno, sem fronteiras.

Sua compreensão é normativista, o que representa uma limitação dinâmica à soberania do Estado, verificando-se que os estados-membros cederam parcela de suas soberanias às instituições comunitárias.

A união conjunta das instituições comunitárias, o Conselho, o Parlamento Europeu, a Comissão e o Tribunal de Justiça vêm demonstrar a ligação intracomunitária pela aplicação dos tratados constitutivos orientados para a “...defesa da paz e da liberdade, e apelando para os outros povos da Europa que partilham dos seus ideais para que se associem ao seu esforço.” ⁶

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado contemporâneo abriu as portas para uma nova realidade, onde visa associação de interesses, no comércio externo e no interagir, além fronteiras, de esforços comerciais, de busca por mercados, enfim, por uma união com os ideais fraternos de paz social.

Os direitos fundamentais consagram-se em contextos de países com modos de organizações e necessidades peculiares, defrontando-se com mudanças e impasses. Daí a importância de democratizar o processo de integração e desenvolvimento dos cidadãos para que se atenua a crise política.

É necessário unir forças, na tentativa de um mundo melhor. Erasmo de Roterdão,⁷ já ensinava que: “... o mais alto ideal a ser alcançado pela humanidade seriam a paz e a concórdia, ‘ a tranquillitas orbis Christiani.’ ”

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**, p.23.

⁶ NUGENT, Neill. **The government and politics of the european community**. 3.ed. Durham: Duke UP, 1991.

⁷ ROTERDÃO, Erasmo de. **Lamento da paz**, p.51 a 59.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade européia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. (Trad. Vítor Marques Coelho). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- DROMI; EKMEKDJIAN; RIVERA. **Derecho comunitário, regimen del Mercosur**. Buenos Aires. Ediciones Ciudad, 1996.
- IANNI, O. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.
- IANNI, O. **As teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- KANT, Immanuel. **Projet de paix perpétuelle**. Paris: Nathan, 1991.
- KING, V. A. **The state of the planet**. Pergamon Press, 1980.
- NIETO SOLÍS, J. A. **Fundamentos y políticas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Síntesis Económica, 1997.
- NUGENT, Neill. **The government and politics of the European Community**. Durham: Duke UP, 1991.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito da integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL E União Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- ROTerdão, Erasmo de. **Lamento da paz, 1517**. (*Apud* Die Idee Europa, *herausgegeben* Von R.H. FOERSTER).
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira). São Paulo: Max Limonad, 1999.



HANS KELSEN E O NEOPOSITIVISMO LÓGICO: ASPECTOS DE UMA TEORIA DESCRITIVA DA CIÊNCIA DO DIREITO

*Vitor Hugo Nicastro Honesko**

RESUMO

Este artigo propõe uma análise da ligação existente entre as concepções científicas de Hans Kelsen e do Neopositivismo Lógico. Esta ligação se encontra na denominada teoria descritiva da ciência, que toma o conhecimento científico como uma mera enunciação lingüística dos dados do mundo. Portanto, a Semiótica (dividida em sintática, semântica e pragmática) será o tema chave a ser desenvolvido por esta teoria que analisa a linguagem como o único meio de manifestação do conhecimento científico. O Neopositivismo Lógico, neste sentido, afirma que o discurso científico deve ser elaborado de forma rigorosa e precisa, apontando os ângulos sintático e semântico como os mais importantes para esta elaboração. Em relação ao plano pragmático, no entanto, a linguagem científica deve ser pobremente produzida, o que resulta num discurso científico alheio a valores, isto é, neutro. Assim, o artigo em tela toma a investigação semiótica proposta pelo Neopositivismo Lógico como premissa para a explicação das intenções de Hans Kelsen, ao propor uma Teoria Pura do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hans Kelsen; Positivismo Lógico; Ciência do Direito.

* Docente de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica no Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Docente de Filosofia do Direito na Universidade Norte do Paraná – UNOPAR.

Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

E-mail: vitorhonesko@hotmail.com



ABSTRACT

This article proposes an analysis of the connection between the conceptions of science from Hans Kelsen and the Logical Positivism. This connection is in the named Descriptive Theory of Science, which takes the scientific knowledge as a simple linguistics enunciation from the world's datum. And so, Semiotics (divided in syntactics, semantics and pragmatics) will be the topic developed by this theory which analysis the language as the only mean of scientific knowledge manifestation. The Logical Positivism, in this way, asseverates that scientific discourse ought to be a rigorous and precise elaboration, indicating syntactics and semantics as the most important for this elaboration. With regard to the pragmatics, however, the scientific language ought to be weak, that results in a scientific discourse strange to values, that is, neuter. So the article in center of interest takes the Semiotics investigations offer by Logical Positivism as a premise to explicate the Hans Kelsen's intentions on proposes a Pure Theory of Law.

KEY-WORDS: Hans Kelsen; Logical Positivism; Science of the Right.

Hans Kelsen nasceu em 1881, em Praga, e morreu em 1973, em Berkeley, Califórnia. Ele foi um dos maiores expoentes do positivismo jurídico moderno. Suas obras destacam-se pelo rigor de sua análise e por seu apego a uma concepção científica de mundo, que toma a ciência como mera descrição lingüística de seu objeto.

Esta concepção descritiva da ciência possibilitou a Kelsen elaborar uma de suas obras mais famosas e polêmicas, a "Teoria Pura do Direito" (*Reine Rechtslehre*). Nesta obra, como em todos seus escritos posteriores, Kelsen propôs uma concepção de Ciência do Direito totalmente isenta de juízos de valor, ou seja, a neutralidade do cientista do direito é condição necessária para o conhecimento jurídico.

É neste sentido que se pode ligar o pensamento kelseniano com a proposta do movimento filosófico denominado Círculo de Viena, também conhecido por Neopositivismo Lógico. Este movimento tem como característica principal a concepção da ciência como linguagem rigorosa que verte os dados do mundo. O que demonstra a adoção de uma teoria descritiva da ciência.

1. O Neopositivismo Lógico

Para uma clarificação melhor desta doutrina descritiva da ciência, faz-se necessário uma incursão no pensamento dos Neopositivistas Lógicos que, mais do

que qualquer escola filosófica, se preocupou com o rigor e a exatidão do conhecimento científico.

O Neopositivismo Lógico consistiu em um grupo heterogêneo de filósofos e cientistas que assumiu corpo e expressividade em Viena, daí é também conhecido como “Círculo de Viena”, onde seus encontros sistemáticos tinham a finalidade de discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico. Teve como “pai” Moritz Schlick, que em 1922 assumiu a cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas em Viena. Logo no ano seguinte, ele assumiu a coordenação do grupo de filósofos e cientistas interessados em temas epistemológicos. Hans Kelsen esteve presente em alguns encontros.

A maior característica deste movimento seria a redução da Epistemologia à Semiótica (Teoria Geral dos Signos), demonstrando seu enorme interesse pela *linguagem*, como o instrumento por excelência do saber científico. No entanto, esta linguagem não é a natural, por que esta “não encontra limitações rígidas, vindo fortemente acompanhada de outros sistemas de significação coadjuvantes, entre os quais, quando falada, a mímica”¹. Portanto, a linguagem natural, com todos seus defeitos, não seria apta à produção científica. Mister se faz, então, a elaboração de linguagens artificiais, em que “termos imprecisos fossem substituídos por vocábulos novos, criados estipulativamente, ou se submetessem àquilo que Rudolf Carnap chamou de ‘processo de elucidação’”², que seria a explicação dos termos utilizados no discurso científico (geralmente vagos e ambíguos) no próprio corpo do texto. No mesmo sentido diz o Prof. Luis Alberto Warat que:

*“Nesta perspectiva, a primeira idéia que devemos reter do Positivismo Lógico é sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem.”*³

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Língua e linguagem**. Obra inédita. p.31.

² CARVALHO, Paulo de Barros. **O neopositivismo lógico e o círculo de Viena**. Obra inédita. p.2.

³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2.ed. (aumentada), 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.38.

Para o Neopositivismo Lógico, a linguagem é instrumento principal do saber científico e, além disso, é meio ou controle daqueles mesmos conhecimentos. Desta maneira, há duas características essenciais deste movimento: “1º) todo conhecimento fica circunscrito ao domínio do conhecimento empírico; 2º) a reivindicação do método da análise lógica da linguagem, como instrumento sistemático da reflexão filosófica”⁴.

Como foi dito, os neopositivistas lógicos utilizavam a Semiótica para a análise da linguagem. Os estudos semióticos possuem três níveis de análise dos signos: a *sintática* (relação dos signos com signos), a *semântica* (relação do signo com o objeto que ele representa) e a *pragmática* (relação do signo com o emissor e o receptor da mensagem). Os neopositivistas lógicos, ao conceberem uma linguagem ideal para as ciências, “construíram um paradigma lingüístico empobrecido no plano pragmático, ainda que rigorosíssimo nos planos sintático e semântico.”⁵

Para uma melhor compreensão do pensamento neopositivista, é necessária uma abordagem mais aprofundada dos três ângulos da Semiótica acima citados.

1.1. A sintática

A sintática, também denominada sintaxe, “é a teoria da construção de toda linguagem.”⁶ Uma linguagem está formada por três classes de elementos: a) *um conjunto de signos primitivos* – são as entidades (arbitrárias) significativas de uma linguagem dada, e que não requerem ser definidas explicitamente mediante outros signos da mesma linguagem; b) *um grupo de regras de formação* – as palavras de um idioma devem se combinar segundo certas regras que determinam o que deverá ser considerado como expressão bem formada desta linguagem; c) *um grupo de regras de derivação* – são as regras que permitem transformar umas expressões em outras ou obter novas expressões a partir de outras que se tomam como ponto de partida. Exemplo - da frase: “Roberto bebe uma garrafa de vinho”, pode obter-se outra : “uma garrafa de vinho é bebida por Roberto.”⁷ Portanto, uma linguagem é bem construída sintaticamente se estiver conforme as regras de formação e de derivação.

⁴ CARVALHO. **Op. cit.**, p.4.

⁵ **Ibidem**, p.6.

⁶ WARAT, Luis Alberto. **Op. cit.**, p.40.

⁷ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p.31-32.

1.2. A semântica

A semântica tem como preocupação central o problema da verdade dos enunciados. Segundo os neopositivistas, “a validade sintática, ainda que permita o sentido, não chega a garantir o conteúdo de verdade do enunciado.”⁸ Neste sentido, os enunciados inverificáveis não poderão integrar o discurso científico. Este há de abranger, única e exclusivamente, enunciados verdadeiros, assim considerados por serem possíveis de comprovação efetiva. A afirmação que foi feita está de acordo com a denominada *semântica da verdade*, elaborada pelo matemático Gottlob Frege, e que foi cultivada pelo Neopositivismo. Nas palavras do Prof. Warat:

“A relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere. Estamos, assim, frente a uma noção de verdade que se qualifica como objetiva, para diferenciar-se da verdade subjetiva, que pode revestir-se na forma de uma opinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, o mito do referente puro. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do status quo.”⁹

De tudo isso se pode entender o porquê dos neopositivistas lógicos considerarem tanto a Teologia e a Filosofia como pseudoproblemas. Pois, as proposições que não tinham como característica a verificabilidade, sequer poderiam ser denominadas proposições, mas são *pseudoproposições*.

⁸ CARVALHO. *Op. cit.*, p.7.

⁹ WARAT. *Op. cit.*, p.42.

1.3. A pragmática

Como foi dito acima, a pragmática é a relação dos signos com os usuários, isto é, com o emissor e o receptor do discurso. “Si una expresión lingüística significa algo, lo significa siempre para *alguien* y por que *alguien* más quiso significarlo: el significado no es más que uno de los elementos del lenguaje, y el lenguaje es, ante todo, una herramienta para la comunicación entre los hombres.”¹⁰

Os neopositivistas lógicos viam o discurso científico como um discurso muito pobre no ângulo pragmático, retirando, assim, deste discurso, todo e qualquer juízo de valor ou ideologia. Os problemas para-contextuais estudados pela pragmática, para o Neopositivismo Lógico, “apresentam-se em uma linguagem natural, sendo, portanto, um tipo de estudo que foge à problemática assumida como relevante.”¹¹

Frise-se que não é possível a existência de um discurso, por mais rigoroso que este seja, isento de um plano pragmático. Este aspecto pode ser pobremente elaborado no discurso científico, como diz a teoria neopositivista, mas possui a função pragmática mínima de descrever seu objeto de estudo.

Para uma compreensão maior desta perspectiva semiótica, faz-se mister analisar a consequência deste tipo de estudo da linguagem, que é a função que a linguagem assume em determinados contextos comunicacionais.

1.3.1. As funções da linguagem

Como a linguagem serve para o Homem para diversos fins, quando um emissor de uma mensagem a dirige a um receptor, sempre há uma intenção de produzir no outro algum efeito. Portanto, “a decodificação da mensagem se dá, em grande parte, no plano pragmático da linguagem.”¹²

Existem várias funções que a linguagem pode assumir, como descrever objetos, prescrever condutas, expressar situações subjetivas, introduzir e interromper a comunicação, concretizar alguma ação, questionar, etc. Toda e qualquer mensagem, desde as mais simples às mais complicadas, raramente encerram uma única função, aparecendo como espécies puras. Mas sempre haverá uma função dominante.

A despeito das inúmeras funções exercidas pela linguagem, para os termos restritos deste trabalho, serão analisadas apenas a linguagem descritiva e a linguagem prescritiva de condutas.

¹⁰ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Op. cit.**, p.65.

¹¹ WARAT. **Op. cit.**, p.46.

¹² CARVALHO. **Língua e linguagem**, p.16.

A primeira função lingüística que será exposta é a função *descritiva*. A linguagem descritiva é a linguagem própria à transmissão de conhecimentos (vulgares ou científicos) e de informações das mais diferentes índoles, sendo muito utilizada no intercuro da convivência social. Trabalha com os valores: verdade e falsidade. Um enunciado será verdadeiro se os fatos relatados tiverem realmente acontecido ou vierem a efetivar-se; e falsos se não se verificarem na conformidade do que foi descrito. A linguagem científica se expressa por meio de uma função descritiva, pois simplesmente descreve os objetos que lhes são propostos.

A linguagem *prescritiva de condutas* é a linguagem própria para a expedição de ordens ou de comandos. Projeta-se sobre a região material da conduta humana, canalizando-se no sentido de implantar os valores do emissor do discurso. É a linguagem das normas, onde há o destaque para as normas jurídicas. Não guarda relação com os valores de verdade. Isto é, as propriedades “ser falso” ou “ser verdadeiro” não podem ser atribuídas à linguagem prescritiva, “así como la calidad de mamífero no puede predicarse de la belleza ni la de ser un número racional puede afirmarse del cerro Aconcagua.”¹³ Seus valores são a validade e a invalidade. Outra característica desta linguagem é que somente os fatos e as condutas possíveis são atingidos por seu campo semântico.

1.4. Hierarquia de linguagens

Visto como sendo estrutura a Semiótica em seus três ângulos (sintática, semântica e pragmática), então toma-se a relação hierárquica entre os discursos como objeto de apreciação neste momento. Este enfoque deixará clara a opção de Kelsen, essencial de todas as suas obras, em distinguir o discurso do direito positivo do discurso da Ciência do Direito.

Assim, quando se fala em hierarquia de linguagens tem-se a seguinte premissa: onde houver uma linguagem sempre existirá a possibilidade de falar-se a respeito dela. Desta forma, pode-se dizer que existem níveis de linguagem, “de tal modo que *aquela em que se fala* é chamada de linguagem-objeto, ao passo que *a empregada para falar da linguagem objeto* denomina-se metalinguagem.”¹⁴

¹³ GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Op. cit.**, p.69.

¹⁴ CARVALHO. **Língua e linguagem**, p.40.

Ser metalinguagem, então, é uma posição relativa: a linguagem *L1*, utilizada para analisar a linguagem *L0*, surge aqui como metalinguagem, mas pode constituir-se linguagem-objeto de outra linguagem *L2* que dela se ocupe. Em outras palavras, a linguagem *L2* será metalinguagem que analisa a linguagem *L1*, que é linguagem-objeto em relação a *L2*. A hierarquia vai ao infinito porque jamais ocorrerá uma última linguagem, insusceptível de transformar-se em linguagem-objeto. Opostamente, verifica-se que algumas linguagens se alojam sempre no lugar de linguagem-objeto, pois *não falam sobre qualquer outra linguagem, apontando apenas para as coisas do mundo (exterior ou interior):* são as chamadas *linguagens-de-objeto* e, sempre ocuparão a posição de *L0*¹⁵. Este é o caso da linguagem do *direito positivo*, que aponta para entidades extralingüísticas, que são as condutas humanas.

Kelsen se utilizará mediatamente desta distinção quando diz que o direito positivo é o objeto de estudo da Ciência do Direito, denominando o discurso daquele de “norma jurídica”, e o discurso do jurista de “proposição jurídica”. Portanto, a proposição jurídica é a metalinguagem que fala sobre a norma jurídica, a linguagem-objeto.

2. A teoria descritiva da ciência e o conhecimento jurídico

Para a teoria descritiva da ciência, adotada por Hans Kelsen e pelo Neopositivismo Lógico, o conhecimento tem como pressuposto de existência real a linguagem, que é a capacidade do ser humano para comunicar-se através de um sistema institucional de signos que é a língua. Sem a linguagem não seria possível o conhecimento, pois tudo ficaria no plano meramente psíquico ou físico.

Lourival Vilanova, assumindo essa perspectiva, diz que “O conhecimento ocorre num universo-de-linguagem e dentro de uma comunidade-do-discurso.”¹⁶ Neste sentido, descreve o fenômeno de conhecimento da seguinte maneira:

*“O conhecimento é um fato complexo. Simplificadamente diz-se que é relação do sujeito com o objeto. E se tivermos em conta o conhecimento do mundo físico exterior, sua origem é a experiência sensorial. Percebo a árvore verde e enuncio: esta árvore é verde. O ser-verde-da-árvore, que se me dá num ato de apreensão sensorial, é base para outro ato, o de revestir esse dado numa estrutura de linguagem, na qual se exprime a relação conceptual denominada proposição (Juízo, na terminologia clássica).”*¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, p.40.

¹⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.38.

¹⁷ *Ibidem*, p.37.

O Professor pernambucano, portanto, distingue “os seguintes componentes do conhecimento: a) o sujeito cognoscente; b) os atos de percepção e de julgar; c) o objeto do conhecimento (coisa, propriedade, situação objetiva); d) a proposição (onde diversas relações de conceitos formam estruturas).”¹⁸

Ao tratar do conhecimento jurídico, a tese descritiva diz que a ciência escolhe de maneira metódica e rigorosa seu objeto de estudo. Hans Kelsen, no intuito de formular uma Teoria Pura do Direito, prega que esta teoria “se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.”¹⁹ Neste ínterim, o objeto de estudo do jurista, que é o direito positivo, deve ser um recorde conceptual muito bem elaborado por quem se aventura na tarefa de descreve-lo.

2.1. O direito positivo

Como o direito positivo é o objeto de estudo do jurista descritivo, faz-se necessário demonstrar o conceito deste objeto, geralmente aceito entre estes estudiosos.

Por direito positivo entende-se o conjunto de normas em vigor num determinado Estado, v. g., o ordenamento jurídico brasileiro, espanhol, italiano, etc. A linguagem do Direito tem como objeto as condutas humanas, isto é, sua função é prescritiva de condutas. Nesta função lingüística o emissor da mensagem canaliza as condutas no sentido de implantar seus valores. No Estado de Direito, o ordenamento vigente impõe às condutas dos cidadãos os valores que a sociedade considera os mais importantes para a consecução do bem comum. Lourival Vilanova expressa com exatidão a função exercida pelas normas jurídicas: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potenciam em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem de normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito.”²⁰

A linguagem prescritiva do direito positivo trabalha com os valores de validade ou não-validade de seu discurso: não faz sentido perguntar se uma norma é verdadeira ou falsa, mas se ela é válida ou inválida. As normas jurídicas regulam as condutas humanas por meio de modais deônticos: *P*(permitido), *V*(proibido) e *O*(obrigatório), atingindo somente os fatos e condutas possíveis. A linguagem prescritiva do direito posto, não regula as ocorrências factuais e os comportamentos necessários ou impossíveis. Não teria eficácia alguma qualquer norma que, por exemplo, proibisse a morte, pois faz parte da natureza humana morrer um dia.

¹⁸ *Ibidem*, p.37.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. (Tradução João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.1.

²⁰ VILANOVA. **Op. cit.**, p.40.

O direito positivo pode ser classificado de acordo com seu grau e modo de elaboração; assim podemos falar de um tipo de linguagem técnica. Esta, tem por base a linguagem natural de que se utilizam as pessoas para se comunicarem na vida cotidiana, salpicada por uma gama de expressões de determinados campos científicos. É o caso dos manuais de instrução, das bulas de remédio, etc. Tanto as normas abstratas e gerais, criadas pelo legislador, como as normas concretas e individuais, produzidas pelo Poder Judiciário têm o *status* de linguagem técnica.

No caso das normas abstratas e gerais, produto da diversidade democrática existente entre os componentes do Legislativo, é fácil verificar as bases da linguagem natural, com suas atecniais, impropriedades e ambigüidades, salpicadas com alguns termos da Ciência do Direito, o que mostra a essência da linguagem técnica.

As normas concretas e individuais, próprias das sentenças, por serem produzidas pelos magistrados, conhecedores da Ciência Jurídica, têm uma linguagem saturada de expressões próprias desta ciência. Nem por isso caracteriza-se como linguagem científica, pois as sentenças não são descritivas de objeto, e sim prescritivas de conduta. Eis um exemplo da diferença entre a linguagem técnica e a linguagem científica.

2.2. A linguagem da Ciência do Direito segundo a teoria descritiva

Como foi demonstrado até o momento, a tese descritiva diz que todo e qualquer tipo de conhecimento, inclusive o científico, é representação lingüística da realidade. Portanto, a linguagem científica é, para a tese investigada, o tipo de linguagem com a qual a Ciência do Direito se exprime. Este tipo lingüístico tem como função a descrição de objetos. Quando uma investigação compuser um sistema de proposições orientado para um determinado campo objetual com fins cognitivos e tiver, além disso, pretensão e finalidade veritativas, será uma ciência. Portanto, os valores utilizados neste discurso serão os de verdade ou falsidade. Se, por exemplo, uma proposição jurídica enunciar que de acordo com o sistema jurídico brasileiro a pena de morte é proibida, com exceção de raros casos, deve-se investigar a prescrição que o ordenamento brasileiro possui com relação à pena de morte. A proposição só será verdadeira se a ordem jurídica brasileira prescrever exatamente que a pena de morte é proibida, salvo raras exceções. Mas, se o sistema disser que a pena de morte é proibida e que não há exceções para a sua utilização ou, que a pena de morte é permitida, a proposição será falsa.

A Ciência Jurídica é uma ciência, *segundo a tese descritiva*, porque elege um objeto, que é o direito positivo, e o descreve com o objetivo de apresentar conclusões que se confirmem como verdadeiras. Na verdade, é a linguagem da Ciência do Direito que descreve a linguagem do direito positivo. Em Semiótica

fala-se em hierarquia de linguagens: metalinguagem e linguagem-objeto. Como foi explicado no tópico 1.4., a metalinguagem é uma linguagem que fala sobre outra, que é chamada linguagem-objeto. São dois corpos de linguagem diferentes, cronologicamente distintos. A linguagem da Ciência do Direito é a metalinguagem, que descreve a linguagem-objeto do direito positivo. “São dois corpos de linguagem, dois discursos lingüísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas.”²¹

Foi por formarem dois níveis totalmente diferentes de linguagem que Kelsen fez a distinção entre a *norma jurídica* do direito positivo e a *proposição jurídica* da Ciência do Direito que

*“Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos, a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito.”*²²

Para a Ciência do Direito não importam os fatos e as relações humanas em si, isto é, não são os fatos e as relações intersubjetivas objetos de estudo desta ciência. Os feixes de enunciados desta ciência se voltam apenas para as normas jurídicas em vigor de um determinado sistema, podendo investigar os fatos e as relações humanas mediadamente, ou seja, somente aqueles fatos e relações determinados por normas jurídicas. Eis o corte epistemológico proposto pelo positivismo jurídico kelseniano.

2.3. Juízos de valor na Ciência do Direito segundo a teoria descritiva

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, por seguir uma teoria descritiva da ciência, elimina todo momento teleológico do conhecimento jurídico, ou seja, não há lugar para ideologias na Ciência do Direito. O jurista não deve se preocupar com o conteúdo, mas com a forma de seu objeto:

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13.ed. (Revista e atualizada). São Paulo: Saraiva, 2000, p.1.

²² KELSEN, **Op. cit.**, p.80.

“La eliminación del momento teleológico convierte los conceptos que el jurista maneja en categorías puramente formales. El método que emplea, adverso a toda concepción finalista, parte del supuesto de que la teoría jurídica ha de limitarse al examen de la forma de los objetos, con cuyo contenido se ocupan tanto la sociología como las disciplinas histórico-políticas. Aun cuando aquella teoría referida al derecho como un todo, conviene tener conciencia de que su método sólo le permite aprehender una parte o aspecto de esa realidad.”²³

O positivismo jurídico kelseniano é, portanto, uma concepção formalista de seu objeto. Como a análise do direito positivo deve ser limitada à forma, não há espaço para referências de conteúdo. O jurista não se preocupa como *deve-ser* o direito positivo, pois isto é tarefa para o político do direito. O jurista deve preocupar-se com o que é e como é o direito.

Daí vem a distinção kelseniana entre dois tipos de juízo que geralmente são considerados juízos de valor, pois envolvem dois tipos de valores: os “valores de Direito” e os “valores de justiça”. O primeiro juízo que implica valores de Direito é denominado por Kelsen de “juízos jurídicos de valor”, que são verdadeiros ou falsos, isto é, são expressos numa linguagem descritiva de objetos. Estes juízos qualificam as condutas dos sujeitos do Direito em lícitas (legal, certa) ou ilícitas (ilegal, errada). E continua Kelsen afirmando que “uma conduta é lícita se ‘corresponde’ a uma norma jurídica; é ilícita se ‘contradiz’ uma norma jurídica; ela ‘contradiz’ uma norma jurídica se está em relação de oposição polar a essa conduta que é lícita.”²⁴ Assim, pressupõe-se a existência de uma norma jurídica, de um enunciado de *dever-ser*. Portanto, “A declaração de que uma conduta específica é legal ou ilegal independe das vontades ou dos sentimentos do sujeito que julga; ela pode ser verificada de modo objetivo.”²⁵

Os juízos de valor que expressam “valores de justiça” são aqueles que qualificam o próprio direito positivo (incluindo as atividades daqueles que o produzem) em justo ou injusto. Não são, segundo Kelsen, da mesma natureza dos juízos jurídicos de valor, que são objetivamente provados pela existência de uma ordem

²³ MÁYNEZ, Eduardo García. **Algunos aspectos de la doctrina kelseniana**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1978, p.29.

²⁴ KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.204.

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.21.



jurídica. Por pregar uma concepção axiológica relativista, Kelsen afirma que os valores de justiça são subjetivos, pois as normas de justiça, isto é, as normas que definem o que é justo ou injusto, variam de pessoa para pessoa. Afirma Kelsen que:

“A existência dos valores de Direito é condicionada por fatos verificáveis objetivamente. Às normas do Direito positivo corresponde certa realidade social, mas não às normas de justiça. Nesse sentido, o valor de Direito é objetivo, ao passo que o valor de justiça é subjetivo. E isso se aplica mesmo que, às vezes, um grande número de pessoas tenham o mesmo ideal de justiça. Os juízos jurídicos de valor são juízos que podem ser postos à prova objetivamente por fatos. Portanto, são admissíveis em uma ciência do Direito. Mas deve-se notar que a questão ‘quanto a ser legal ou ilegal’ uma conduta definida em um caso concreto, deve ser decidida pela autoridade jurídica competente, não pela ciência do Direito. Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaços para eles. Os juízos de justiça são juízos de valor morais ou políticos, em contraposição aos juízos jurídicos de valor. Eles pretendem expressar um valor objetivo. Conforme seu significado, o objeto ao qual se referem é valorável para todos. Eles pressupõem uma norma que reivindica ser objetivamente válida. Mas a existência e o conteúdo dessa norma não podem ser verificados por fatos. Ela é determinada apenas por um desejo do sujeito que faz o juízo.”²⁶

A concepção kelseniana está totalmente inserida no contexto de uma teoria descritiva da ciência. Pode-se afirmar isto pelo simples fato de que Hans Kelsen não aceita a presença dos juízos de valor de justiça no conhecimento jurídico, por que estes não podem ser objetivamente comprovados. É a noção de *semântica da verdade* apregoadada pelo Neopositivismo Lógico, isto é, uma proposição somente pode ser considerada verdadeira se houver elementos objetivos da realidade que a comprovem. Por serem relativos, os juízos de valor de justiça expressariam uma

²⁶ KELSEN, Hans. *O que é justiça?*, p.223.

visão subjetiva do cientista do Direito, o que implicaria em uma elaboração muito rica no plano pragmático da linguagem, retirando toda pretensão de rigorismo lingüístico proposto pela teoria descritiva da ciência. Esta, como foi dito, prega uma rica elaboração da linguagem científica, somente nos planos sintático e semântico.

Neste sentido, seguindo a doutrina positivista do Direito enunciada por Kelsen, Norberto Bobbio enuncia três critérios independentes que podem ser utilizados na valoração de uma norma jurídica: o da validade, o da justiça e o da eficácia. Respectivamente, o problema ontológico, o problema deontológico e o problema fenomenológico do Direito.

O problema da validade de uma norma jurídica “É o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não.”²⁷ É papel da Ciência do Direito, por meio de juízos de fato ou juízos jurídicos de valor, na denominação de Kelsen, a verificação da validade. Para Kelsen, “Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso.”²⁸ Em outras palavras, o problema da validade das normas é resolvido pelo próprio sistema jurídico. Para que uma norma ingresse no sistema como norma válida, deve ter como fundamento de validade outra norma, que é norma jurídica superior em face daquela que foi criada.

“O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiraram um determinado ordenamento jurídico.”²⁹ É constatada a justiça ou a injustiça de uma norma mediante um juízo de valor de justiça, próprio de uma Teoria da Justiça, não de uma Ciência do Direito. Aqui se questiona como a norma jurídica deveria ser, em concordância com os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico.

Uma norma jurídica é eficaz se é cumprida por aqueles a quem ela é dirigida e, no caso de violação, se “Imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.”³⁰ Este estudo da aplicação da norma jurídica, “que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade”³¹, é campo de estudo da Sociologia do Direito.

Norberto Bobbio adverte que a confusão entre os três critérios é prejudicial, pois eles são independentes. Assim, uma norma jurídica pode ser válida sem ser justa, pois “A validade de uma norma do direito positivo é independente da validade

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. (Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti). Bauru: EDIPRO, 2001. p.46.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p.166.

²⁹ BOBBIO. **Op. cit.**, p.46.

³⁰ **Ibidem**, p.47.

³¹ **Ibidem**, p.51.



de uma norma de justiça.”³² “A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político.”³³ E, uma norma jurídica pode ser válida sem ser eficaz, pois “O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato.”³⁴.

A Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen não nega os demais ângulos de análise do direito positivo. Não desconsidera os estudos elaborados por sociólogos do Direito e por teóricos da Justiça. Apenas diz que o jurista, ao se propor a fazer uma abordagem científica do direito positivo, deve se limitar aos contornos de seu objeto, isto é, ao próprio direito positivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. (Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti). Bauru: EDIPRO, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13.ed. (Revista e atualizada). São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Língua e linguagem**. Obra inédita.

_____. **O neopositivismo lógico e o círculo de Viena**. Obra inédita.

GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do Direito**. (Tradução João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Algunos aspectos de la doctrina kelseniana**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1978.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2.ed. (aumentada), 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1995.

³² KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.11.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, p.166.

³⁴ **Ibidem**, p.162.



AUTONOMIA DA VONTADE E O DIRIGISMO ESTATAL NOS CONTRATOS

*Francisco Carlos Malosá Junior*¹

*Rafael de Souza Silva*²

RESUMO:

A equidade, ou o equilíbrio nas relações contratuais há de se constituir num dos princípios de que se valerá o sistema para alcançar os escopos traçados na Carta Magna brasileira. Por tal razão, a prevalência volitiva, determinada pelo liberalismo econômico, como princípio da autonomia da vontade, é atenuada pelo dirigismo contratual; porquanto se passa a exigir que a liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes, no tocante ao próprio conteúdo do contrato. Tal igualdade que se reclama é substancial, em favor da correção do negócio.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia; Vontade; Dirigismo; Contrato; Princípios.

ABSTRACT:

The equality on the contractual relations shall be structured on the principals which the system will use to achieve the aim behold on the brazilian federal constitution. Due to that, the willing preference, determinated by the economic liberalism, as the willing autonomy principal, is dwindled by the contractual managing; this way the contracting liberty is demanded based on the equality between the parts on the subjects related to the content of the contract itself, equality complaint as substantial, in favor of the correction of the business.

KEY-WORDS: Autonomy; Willing; Management; Contract; Principals.

¹ Acadêmico do 3º ano do Curso de Direito no Centro Universitário Filadélfia - UniFil.

Acadêmico do 3º ano do Curso de Administração na Universidade Estadual de Londrina - UEL.

² Acadêmico do 3º ano do Curso de Direito na Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Ex-aluno do mesmo Curso na UniFil.

(Ambos orientados pelo Professor José Valdemar Jaschke).

E-mail: josevaldemar@sercomtel.com.br

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade os seres humanos vêm desejando, cada vez mais, segurança para suas vidas. Assim, uniram-se em sociedades para que pudessem colaborar uns com os outros; daí resultando em “ubi societas ibi jus”.

Dessa maneira, conforme evoluía a sociedade evoluía também o Direito. No final do Estado absolutista e começo do Estado moderno, como é conhecido atualmente pela tripartição dos poderes, é que começam a surgir os primeiros autores a defender uma sociedade que fosse fruto de um contrato. HOBBS, com teorias absolutistas lecionou que o uso da razão faz os homens assinarem o contrato. LOCKE, defendendo o liberalismo pregava o Estado constitucional como garantia dos direitos do indivíduo, a saber, a propriedade. ROUSSEAU pregava o Estado contratualista como a lógica do bem comum.³ Assim, desde o advento dos autores contratualistas, a importância dos contratos no âmago da sociedade tem sido crescente dia a dia.

Partindo do âmbito social para alcançar os contratos dentro do Direito Civil, MESSINEO⁴ ensina que o extraordinário desenvolvimento do comércio, que impôs a necessidade da célere evolução da teoria contratual, só foi possível em virtude do aperfeiçoamento do contrato. Este vai ser o instrumento imprescindível e o elemento indispensável à circulação de bens; assim, o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante, o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza a necessidade de harmonizar interesses, defluindo da vontade das partes e alcançando um acordo satisfatório para ambas. A partir dessa visão de contrato, a instituição jurídica deste passa a ser a instituição jurídica da propriedade, sendo o veículo para a circulação de riquezas e assim, admitindo somente no âmbito privado, contrapondo-se ao código civil napoleônico que utilizava contratos para o âmbito público. Dessa forma, o liberalismo do século XIX expunha a idéia de que os contratantes poderiam acordar o que desejassem, ainda que o cumprimento do contrato causasse considerável prejuízo: “Pacta sunt servanda”⁵, pois o que é contratual é justo.

Contudo, a partir do século XX, o exposto acima sofre profundas modificações com a ingerência do Estado nos contratos entre particulares. Efetivamente, os legisladores passaram a remediar os efeitos das desigualdades existentes.

³ WEFFORT, Francisco Carlos (Org.). **Os clássicos da política**. 9.ed. São Paulo: Ática, 1999.

⁴ MESSINEO. In: RODRIGUES, Sílvio. **Curso de Direito Civil**. 33.ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵ “Os pactos devem ser observados”.

É evidente, que a teoria dos contratos está em constante evolução, mas a importância deles assumiu uma dimensão inimaginável para nossos antepassados, pois passaram a representar o centro da vida dos negócios jurídicos, o instrumento prático que atuava sob as mais variadas finalidades da vida econômica e social; como, por exemplo: locação, compra e venda, contrato de casamento, doação, mandatos, etc. Dessa forma é o objetivo do presente artigo analisar a autonomia da vontade versus o dirigismo contratual.

2. REQUISITOS E PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS

O que são, afinal, contratos? Adotaremos a posição da professora MARIA HELENA DINIZ ⁶ que conceitua contratos como o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar e extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Diante do exposto sendo o contrato uma espécie de negócio jurídico, é necessário para a sua validade o declarado no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não, constante em lei. Decorre desse artigo que será necessária a presença dos requisitos subjetivos (dizem respeito às pessoas participantes do negócio jurídico), objetivos (dizem respeito ao objeto do contrato) e formais (dizem respeito à forma do contrato), para a validade do contrato.

Os requisitos subjetivos: a) existência de duas ou mais pessoas, pois é fruto daquilo que Pontes de MIRANDA ⁷ dizia, “Quando as manifestações de vontades dos figurantes se acordam e entram, como algo comum, no mundo jurídico, há o negócio jurídico bilateral, ou o negócio jurídico plurilateral”; b) capacidade das partes de praticar atos na vida civil, sob pena de considerar o ato nulo ou anulável; c) legitimidade, os contratantes devem ter legitimação para que haja o negócio jurídico; d) consentimento, para que haja o acordo de vontades e forme-se o contrato.

Os requisitos objetivos: a) licitude do objeto, determina que este não pode ir contra o ordenamento jurídico; b) possibilidade física ou jurídica do objeto; c) objeto determinado ou pelo menos determinável; se indeterminável o objeto, o contrato será inválido e ineficaz; d) suscetível de apreciação de valor econômico, o contrato deve versar sobre valores economicamente apreciáveis; e) o objeto do contrato deve ser idôneo, isto é, próprio para aquele determinado tipo de contrato.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18.ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed., t.XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.47.

Os requisitos formais são determinados pelos artigos 107 e 108 do Código Civil. O filósofo ENNECERUS dizia que para o homem de consciência considerasse vinculado, não obstante a ausência de forma; o de má-fé, ao inverso, não sente escrúpulos ao invocar a ineficácia do ato em que deixou de observar a forma legal.

Para que os contratos possam ter seus plenos efeitos devem respeitar determinados princípios atinentes da teoria geral dos contratos, pois, como é muito difundido entre os doutrinadores do Direito, ferir um princípio é pior que violar uma regra. Segundo Maria Helena DINIZ⁸ os princípios são:

Princípio da autonomia da vontade: consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo do contrato.

Princípio do consensualismo: segundo esse princípio, o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar contrato válido, pois a maioria dos negócios jurídicos bilaterais é consensual.

Princípio da obrigatoriedade da convenção: por esse princípio, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Segundo Pontes de MIRANDA⁹ a vinculação é o primeiro efeito do negócio jurídico que se conclui.

Princípio da relatividade da convenção: por esse princípio, a avenca apenas vincula as partes que nela intervieram, não atingindo terceiros, salvo em raríssimas exceções.

Princípio da boa-fé: na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem. Todo contrato presume-se de boa-fé.

3. AUTONOMIA DA VONTADE VERSUS O DIRIGISMO CONTRATUAL

Os princípios gerais do contrato ganham dimensão axiológica mais dinâmica, em denso atendimento aos valores da solidariedade e da cooperação, ao observar que o contrato destina-se a atender interesses sociais relevantes numa sociedade de consumo e de produção, massificada por interesses multifacetados e até antagônicos. O contrato deixa de ser apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de proveitos, com fins econômicos. Vê-se nele profundidade e a responsabilidade social dos contratantes, atuando com

⁸ DINIZ, Maria Helena, **Op. cit.**, p.40.

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Op. cit.**, p.47.

proibidade; seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual, onde tende a permear a fragilização do débil e a dominação do mais forte.¹⁰

Sólido em tais lineamentos, o Código Civil, ao construir o negócio jurídico como categoria geral, gênero do qual o contrato é espécie, fornece uma série de normas próprias aos contratos, sob a inspiração orientadora dos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade, que o determinaram preciso e contemporâneo, de forma a estabelecer um modelo social do contrato, assentado no primado da integração das relações jurídicas. A República Federativa do Brasil, ao possuir como objetivo fundamental – dentre outros – “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, reza o inciso I, do art. 3.º, da Constituição Federal de 1988. A equidade, ou o equilíbrio nas relações contratuais, há de se constituir num dos princípios de que se valerá o sistema para alcançar aqueles escopos traçados na Carta Magna¹¹. Por tal razão, a prevalência volitiva, determinada pelo liberalismo econômico, como princípio da autonomia da vontade, é atenuada por tais diretrizes, porquanto se passa a exigir que a liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes, no tocante ao próprio conteúdo do contrato; destacando-se a igualdade que se reclama substancial, em favor da correção do negócio. A irrevogabilidade ou imutabilidade do “*pacta sunt servanda*”, cujo axioma configura o princípio da obrigatoriedade dos contratos, em observância de os pactos deverem ser cumpridos (art. 427), com risco de perdas e danos pelo inadimplemento (art. 389), cede lugar a uma relatividade dogmática, que vem reprimir a falta de idêntica liberdade entre as partes contratantes, o proveito injustificado, a onerosidade excessiva, admitindo destarte a correção dos rigores contratuais ante o desequilíbrio contratual. O reconhecimento do valor social do contrato surge como dirigismo contratual, ao introduzir no Código Civil vigente institutos como o do estado de perigo (art. 156), o da lesão (art. 157), e da cláusula “*rebus sic stantibus*”, criada segundo a teoria da imprevisão (arts. 478-480).

Nessa diretriz, expressivas inovações apresentadas são paradigmas de uma teoria contratual, concentrada na finalidade social, atenta ao perfazimento de noções programáticas de justiça e de utilidade, com efetividade no adequado e correto equilíbrio das relações contratuais, em perspectiva da equivalência das prestações, da razoabilidade indiscutível e, sobremodo, da estabilidade obrigacional no plano fático da realidade. E nessa busca de uma sociedade mais justa, nos defron-

¹⁰ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Obrigações**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, s/d, p.266; MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. 4.ed., t.II. (Aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 1956.

¹¹ DONINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato, *In: Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.73.

tamos com paradigmas cada vez mais difíceis de serem superados, dentre eles, o de disciplinar de uma forma justa as relações intersubjetivas e seus meios de materialização.¹² Em particular analisaremos à luz do princípio da autonomia da vontade, alguns dos meios utilizados pelo Estado para interferir nas relações contratuais, ou seja, o dirigismo contratual. Autonomia da vontade constitui princípio consagrado no ordenamento jurídico e revela-se tanto no arbítrio do indivíduo em firmar o negócio jurídico, ou não firmá-lo, de acordo com seus interesses, como com quem contratar e o que contratar. Caio Mário da Silva PEREIRA¹³ define, com precisão, o princípio da autonomia da vontade ao concebê-lo como “*faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos*”. E isso ocorre em qualquer modalidade de contrato, tanto naquele mais simples, quanto no que exige complexidade, ambos constituindo, de igual modo, fonte formal de direito, haja visto que, findo o contrato ou na hipótese de inadimplemento, surge o direito do contratante de fazê-lo cumprir através das vias judiciais. Há de se ver que, mesmo nos contratos de adesão, subsiste a liberdade de contratar, haja visto que o interessado tem a faculdade de não se submeter ao padrão oferecido.

A lei, no entanto, de um modo geral, não invade a esfera individual de modo a inibir a liberdade de contratar, ela apenas a regulamenta, em alguns casos impõe certas restrições, tal como ocorre no serviço público, assim como, algumas vezes, estabelece requisitos a serem atendidos nos casos de contratos típicos. Essa abertura na rigidez do império da vontade surgiu inicialmente na França, através da chamada Lei Failliot, de 21 de maio de 1918, que inseriu no ordenamento jurídico o princípio da imprevisão, quando estabeleceu que as cláusulas contratuais poderiam ser revistas em decorrência das circunstâncias advindas de um estado de guerra. Assim, o princípio da liberdade contratual pode ser apreendido sob uma dupla dimensão: a) de fundo; e b) de forma.¹⁴ Quanto ao fundo, a liberdade contratual se expressa através de uma tripla faculdade: a) contratar ou não contratar; b) escolher livremente seu co-contratante; c) estabelecer livremente o conteúdo do contrato. Quanto à forma, a liberdade contratual postula o consensualismo. A troca de consentimentos é suficiente à conclusão do contrato, pouco importando a forma através da qual eles são estabelecidos.

¹² CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. 5.ed. Paris: Dalloz, 2000. p.174-175. A técnica de menções obrigatórias nos contratos, desenvolvida pelo direito do consumidor, destina-se a atenuar a insuficiência do direito comum na matéria, assinala SAUPHANOR, Nathalie. **L'influence du droit de la consommation sur le système juridique**. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 45 in LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. 10.ed., v.III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

¹⁴ Cf. TERRÉ, François; SIMPLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Op. cit.**, p.29; CARBONNIER, Jean., p.53-54 In: LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, a.7, n.62, fev./2003.

A liberdade de contratar é reconhecida no Código Civil Brasileiro (art. 421). Em princípio, portanto, e ressalvadas as exceções cada vez mais frequentes, o ato de contratar, a escolha do respectivo parceiro e o estabelecimento do conteúdo do contrato sujeitam-se à vontade dos contratantes, os quais poderão estabelecer novos tipos contratuais, além dos já existentes, desde que observadas as normas gerais legalmente prescritas (CC, art. 425). Assim, preceitua o Código Civil que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (art. 107).

Destarte a falta de igualdade material entre os contratantes impede que se dê realce a um princípio que não mais reflete tal característica. Surge, então, a necessidade de uma maior intervenção do Estado, através da edição de normas imperativas, capazes de minorar aquela desigualdade.

Atualmente, em muitas hipóteses, não se pode mais assegurar aos partícipes de qualquer relação contratual a plena liberdade de contratar ou de não fazê-lo; de estipular livremente o conteúdo do contrato; de escolher seu co-contratante, recusando-se a estabelecer o vínculo com outrem, por razões de ordem particular. A validade do contrato privado passa, muitas vezes, a depender do assentimento de uma autoridade. Válido é ressaltar, portanto, que inobstante a indiscutível autonomia da vontade existente nos contratos, esta não é mais absoluta, eis que o sistema jurídico em vigor interfere nas hipóteses que envolvem questões atinentes à ordem pública, através da legislação específica *ius cogens* – nos casos, por exemplo, que dizem respeito à organização familiar, vocação hereditária, organização política e administrativa do Estado – e na circunstância do Estado, excepcionalmente, intervir na parte econômica, o chamado dirigismo contratual. Os chamados bons costumes também contribuem de alguma forma para a redução da liberdade de contratar, na medida em que inibem práticas não condizentes com a moral social e que, por conseqüência, afrontam a opinião pública. A estipulação do conteúdo contratual, em verdade, nunca esteve submetida ao exclusivo talante dos interessados.

Mesmo em códigos fortemente influenciados pelo subjetivismo jurídico, e toda a ideologia que lhe é subjacente, sempre existiu alguma limitação de ordem objetiva ao conteúdo contratual. Com propriedade ensina Pontes de MIRANDA¹⁵ que “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.”

Como afirmado na Introdução, desde o século XX se denotam – no campo jurídico-normativo e no de elaboração da doutrina e dos tribunais – significativas construções, voltadas a tentar compatibilizar, na verdade, os conceitos de autonomia da vontade privada e segurança das relações contratuais: provendo a prote-

¹⁵ MIRANDA, Pontes de, **Op. cit.**

ção, desejada e necessária, daqueles que se mostram desiguais, em face do outro contratante. O dirigismo contratual judicial ocorre quando o Estado, através de seu Órgão-Juiz, é chamado a intervir no contrato para restabelecer o equilíbrio entre as partes, em razão da ocorrência de fato superveniente no momento da execução do contrato e que foi desconsiderado quando da celebração da avença. A evolução da doutrina tem impulsionado avanços na construção jurisprudencial, que consagrou várias teses no que toca à restauração da relação de equivalência entre as partes contratantes.

Inúmeras são as teses desenvolvidas ¹⁶ no avançar dos tempos, pertinentes ao dirigismo contratual que influenciaram a jurisprudência pátria, sendo muitas delas entre nós aceitas; como exemplos: a teoria do enriquecimento ilícito, utilizada para delimitar a liberdade contratual; a teoria da dívida de valor, decorrente de responsabilidade por ato ilícito; a utilização de princípios como o da boa-fé, da ordem pública, assim como o abuso de poder, que têm sido considerados na interpretação dos contratos, mormente quando se trata de relação de massa, entre outras, amplamente utilizadas pelos juízes e tribunais ao proferirem suas decisões. O mesmo se diga em relação à teoria da imprevisão e à cláusula “rebus sic stantibus”.

É o intervencionismo estatal que, embora não tenha aniquilado o conceito tradicional da autonomia da vontade, passou a limitá-lo. A liberdade dos contraentes sofreu considerável redução, no sentido de que se subordinam, hoje, à prevalência e preponderância do interesse social sobre o particular. Esse dirigismo contratual justifica-se, no dizer do Professor CAIO Mário da Silva PEREIRA ¹⁷, “...na convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que, por via dele, se consume atentado contra a justiça.”

Mais recentemente, percebeu-se que a igualdade econômica estava sendo comprometida com a prática sem controle da liberdade política, obstando a efetivação da almejada justiça social, sendo ilusória, nessa situação, a concepção de igualdade de condições dos contratantes. ¹⁸ Por outro lado, também restou evidente que circunstâncias imprevistas e estranhas à vontade das partes, tais como a inflação e a variação cambial, interferiam na oportunidade da execução dos

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10.ed., v.III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

contratos, modificando substancialmente as bases em que inicialmente firmados – Teoria da Imprevisão. Não bastassem tais aspectos, também eram notórias as modificações impostas pela profusão de contratos padronizados e pelas negociações coletivas substituindo crescentemente as individuais.

Necessário se fez, então, a intervenção do Estado através de legislação específica, o chamado dirigismo contratual, ao objetivo de valer a prevalência do interesse coletivo, protegendo o economicamente mais fraco do jugo do poderoso, e dessa maneira, minimizando as desigualdades entre as partes, a fim de garantir também a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou em caso de perigo, mesmo com contrariedade à dantes assentada concepção da absoluta autonomia da vontade. De ver, contudo, que, inobstante as restrições impostas pelo Estado social, em superação à anterior concepção de contrato prevalecente no Estado liberal do século XIX¹⁹, subsistem o direito e a liberdade de contratar com base na relativa autonomia da vontade, haja visto que a nova regulamentação objetiva a inibição dos abusos decorrentes da desigualdade econômica, alcançando inclusive atividades empresariais e meios de produção, a fim de garantir a supremacia dos interesses coletivos. Nelson Nery Júnior bem esclarece o caráter relativo da intervenção do Estado quando afirma: “O dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.” Exemplos marcantes dessa incursão na esfera privada pelo Estado, dando maior ênfase à sua intervenção, são a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que cuida da sonegação de mercadoria ou recusa de vender, a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1973, que versa acerca da cláusula de rescisão *pleno iure* nos casos de venda a prestação de terrenos, a própria Consolidação das Leis do Trabalho, quando estabelece direitos e deveres no contrato de trabalho e, mais recentemente, o consagrado Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990²⁰. Legislações estas que flexibilizaram os princípios adotados pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

¹⁹ Clóvis do Couto e Silva estabelece uma relação entre o tipo de Estado e a autonomia da vontade, demonstrando o porquê da irrelevância do instituto para o Direito Romano. Para maiores detalhes, v. a obra do citado autor, COUTO E SILVA, Clóvis Venerando do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.17-18.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Observe-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), por exemplo. Em seu art. 39, diz-se constituir em prática abusiva o fornecedor “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais” (inciso IX). A mesma restrição encontra-se na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994²¹, desta feita nas relações jurídicas estabelecidas ainda que entre profissionais. Seu art. 21 dispõe caracterizar-se infração à ordem econômica – dentre outras condutas – “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais” (inciso XIII). Consta-se, então, que um dos sujeitos da relação jurídica obrigacional não poderá escolher o outro parceiro, estando obrigado a celebrar contrato com quem lhos requeira, desde que mediante pronto pagamento (CDC), ou pagamento dos produtos e serviços em conformidade com os usos e costumes comerciais (Lei 8.884/94).

Dessa maneira, observe-se que a força estatal, em decorrência da modificação dos valores sociais, manifesta-se atualmente tanto no ato de formação do contrato, quando impõe a adoção de certas cláusulas, mesmo afrontando a vontade das partes, quanto na supervisão da execução, conferindo ao Poder Judiciário instrumentos capazes de restabelecer o almejado equilíbrio contratual.

Frise-se que as normas constantes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no teor do disposto no seu primeiro artigo, são de ordem pública e interesse social. Por isso, divulga-se que a defesa dos interesses dos consumidores são indisponíveis. Assim, mesmo quando o consumidor queda-se inerte na defesa de seus direitos, esses são tutelados pelo Estado e, portanto, passíveis de serem defendidos, quando determinados fatos acarretarem mácula à ordem pública e ao interesse da comunidade. Vislumbra-se, assim, claramente, o dirigismo contratual legislativo em relação aos contratos de consumo, e a *fortiori* o dirigismo judicial, haja visto a previsão expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor de valiosos instrumentos hermenêuticos, a cláusula geral de boa-fé e da equidade (art. 51, IV, e § 1º, do CDC), posta intencionalmente à disposição do juiz, resultando num alargamento de seus poderes de revisão dos contratos de consumo. Por derradeiro, examinamos – neste tópico – o agudo tema da intervenção judicial em face das cláusulas dos contratos, conseqüente do predomínio das teses do “dirigismo contratual” oposto ao liberalismo que antes prevalecera.

²¹ Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Pontos centrais são os limites da possibilidade de alteração do conteúdo de cláusulas contratuais e a questão da onerosidade excessiva e Código Civil. Em princípio, como já destacamos, no ápice da eficácia da cláusula “*pacta sunt servanda*”, ao Poder Judiciário caberia a competência de declarar a nulidade de condição, investida por uma das partes, em sede de procedimento judicial, ou – se fosse o caso – dar pela resolução da avença, declarando a impossibilidade de seu cumprimento. Em outro viés de interpretação, na matéria focada, o insigne Miguel REALE²², que liderou a etapa final da elaboração da nova codificação civil, suscita que o desfazimento da avença, diante da onerosidade excessiva, figura como um dos “meios de preservar o equilíbrio contratual”, vinculando – ademais – a possibilidade rescisória ao denominado cunho social dos ajustes, como prescreve o Código Civil.

Assinale-se, ademais, o trato da questão da imprevisibilidade do evento e de seu caráter extraordinário, que daria ensejo à onerosidade excessiva, como seus requisitos essenciais, a teor da dicção codificada. O ponto central – em debate – remete-se à vetusta cláusula “*rebus sic stantibus*”, da tradição dos pós-glosadores, transmudada na teoria da imprevisão pela evolução doutrinária. Nesse sentido, a redação do art. 478 do Código Civil, quase que repete “*ipsis litteris*” a previsão do art. 346 do projeto de Código das Obrigações, posteriormente abandonado, o qual – por sua vez – é inspirado, ao cabo, no art. 1.467 do Código Civil Italiano de 1942. É curioso – como exercício de prospecção – examinar-se, comparativamente, a disposição já vigente da Lei Civil, recém editada, e suas duas fontes, uma próxima e outra remota, de emanação, seja o projeto do Código das Obrigações, seja a norma da Itália. Assim, poder-se-ia dizer – em síntese – que o art. 478 do Código Civil, de alguma forma, simplifica a previsão do projeto, antes aludido, cuja redação era a seguinte:

“Art. 346 – Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha tornar-se excessivamente onerosa, capaz de lhe ocasionar grande prejuízo e para a outra parte lucro desmedido, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.”

O art. 478 da Lei Civil – a sua vez – explicita:

“Art. 478 – Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes venha se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

²² **O projeto do Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1986, p.10. Informações sobre o autor e o projeto encontram-se no *site*: <http://www.miguelreale.com.br> – (acessado dia 17/06/2004, 11:30).

4. CONCLUSÕES

Podemos afirmar, portanto, que a prática do contrato sempre esteve presente nas atividades humanas, de tal modo que, sem ele, o “*homo economicus*” estancaria as suas atividades. Os indivíduos livremente contrataram através dos tempos, seja qual fosse a categoria econômica a que pertencessem, passando a teoria contratual por inúmeras mutações a fim de adequar-se aos modelos sociais de cada época.

Contudo passa o Estado a intervir na autonomia de vontade, porquanto se passa a exigir que a liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes no tocante ao próprio conteúdo do contrato, igualdade que se reclama substancial, em favor da correção do negócio jurídico, de forma a equilibrar as relações intersubjetivas para que se possa dizer do contrato, “o que é contratual é justo.”

Assim, demonstrada a ingerência estatal nos contratos, resta-nos ater ao bom senso e moderação, para que possamos contratar livremente e de forma a satisfazer o outro contratante e ao interesse social, ainda correndo o risco de ocorrer um fato superveniente que desequilibre a relação e novamente venha o Estado a intervir. Entretanto, a partir do momento, no qual, passa a se exigir que a liberdade de contratar seja exercida com paridade entre as partes no tocante ao próprio conteúdo do contrato, a igualdade da coletividade faz-se superior, de modo a proteger tanto o Estado como o hipossuficiente da relação jurídica, o que agrada aos cidadãos, visto que, por serem as relações relativas e dinâmicas, estes (os cidadãos) não têm como prever que o contrato será equitativo e justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18.ed., v.3, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t.XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962.
- ORLANDO, Gomes. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- ORLANDO, Gomes. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: RT, s/d.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10.ed., v.III, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 33.ed., v.3. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- VENOSA, Sílvio Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.
- Site: <http://www.miguelreale.com.br>



A MEDIAÇÃO COMO ARTIFÍCIO DIRIMENTE DO TRAUMÁTICO PROCESSO DA DISSOLUÇÃO FAMILIAR¹

*Gustavo Crivari*²

Resumo:

Neste artigo é estudada a utilização da mediação, como meio extrajudicial de pacificação social, notadamente na tentativa de restabelecimento do vínculo comunicativo nos relacionamentos conjugais em crise, com o escopo de restaurar a sua plenitude, capacitando os pares a manterem o vínculo relacional, ou dotando-os de disposição não adversarial, quando da dissolução da união.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Familiar; Crise Relacional.

INTRODUÇÃO

O ponteiro da bússola convivencial está hoje, muito mais suscetível aos magnetismos atípicos do que em tempos de outrora. O eixo de priorização dos ingredientes relacionais tem se alterado, refletindo a mudança no ritmo da sociedade como um todo, a qual, de forma frenética, compele diuturnamente os indivíduos a terem que se adaptar a situações até então inéditas no dinamismo vivencial, e por via de consequência, no âmbito da família.

Esta constatação advém do fato de que, ao se observar diuturnamente o tema, verifica-se uma avalanche de relacionamentos que estão soçobrando quando se compara com dados de décadas anteriores.

CACHAPUZ (2003, p.89), com notável propriedade, nos ensina que “O indivíduo não mais existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento”.

¹ Estudo orientado pela Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz, docente do Centro Universitário Filadélfia - UniFil.

² Acadêmico do 3º Ano do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia.

E-mail: rozane_cachapuz@hotmail.com

Consoante SCHNITMAN (1999, p.170):

“Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos-de-vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas.”

Diante de tais constatações, nós que estrelamos a peça da vida e da operacionalidade do Direito, não podemos ignorar que se faz necessária uma urgente alteração paradigmática, no que concerne ao trato que é dado à resolução dos conflitos de natureza familiar.

É indiscutível que o foco característico de outrora foi alterado. A concepção patriarcal de família, por razões sociológicas várias, deu lugar a um novo conceito de relações interpessoais entre seus membros, pondo em cheque o modelo estagnado de até então. Podemos citar como principal elemento deflagrador desta alteração de foco, a mudança do papel da mulher na sociedade e, ato contínuo, na relação familiar.

1. Etimologia da Palavra

A palavra **mediação** vem do latim *mediare*, significando dividir igualmente. No que concerne à atividade do agente mediador, nos reporta ao sentido daquele que pratica o “*mediatio*”, ou seja, aquele que intercede, intervém numa relação de conflito, colocando-se simetricamente entre as duas partes (CACHAPUZ, 2003).

A primeira utilização do termo remonta a Justiniano. Referências também podem ser encontradas na civilização greco-romana, China antiga, bem como em passagens bíblicas que relatam a sua utilização na pacificação social, ficando adstrita, no entanto, à época, à solução de conflitos comerciais.

2. Conceito

A mediação *lato sensu*, é um método extrajudicial na resolução de conflitos, aplicável a áreas distintas, tais como: o Direito Penal, o Direito de Família, o Direito Comercial, etc.

Está inserida nas chamadas ADRs (Alternative dispute resolution), ou seja, segundo SERPA (1999, p.88), “referem-se aos vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos”.

Nesta trajetória, o instituto em tela constitui-se na resolução de um litígio, através do mediador; este sendo um terceiro imparcial e neutro, que auxilia as partes na busca de um denominador comum.

Conforme COLAIÁCOVO (1999, p.70) “O tema da mediação deve ser analisado sob um prisma amplo. Mais que simples técnica, trata-se de instrumento no qual se fundamenta uma teoria das relações sociais, baseada na solução de problemas individuais e coletivos, mediante a ativação de antagonismos latentes nos indivíduos. A mediação implica, de fato, na adoção de um sistema amplo de relações sociais, apoiado na solidariedade, na participação, no comprometimento e na chamada cultura do diálogo.”

Acerca do instituto trazido a lume (mediação), MORAIS (1999, p.145), cita Araújo, para quem mediação. “...é um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos.”

3. Evolução Histórica

Estruturada como processo, foi reinventada na década de 70, nos EUA, tendo-se valido precipuamente das técnicas de negociação apregoadas pela Escola de Negociação de Harvard.

À medida em que o instrumento passou a ser utilizado em áreas mais delicadas dos relacionamentos interpessoais, como nos conflitos de família, foi incorporando outros pilares teóricos, humanizando-se e objetivando não somente a busca do direito a ser aplicado ao conflito, prevalecendo sempre o enfoque nos conflitantes, e não na contenda.

A mediação acha-se presente não só nos EUA, mas também no Canadá, e alguns países da Europa, como Grã-Bretanha, Escócia, Espanha, Itália e Portugal.

Na Argentina há a Lei Federal 24.573, de 04.10.95, instituindo a mediação obrigatória, e exigindo a criação de cursos de formação para mediadores, cujo certificado possibilita o credenciamento no Registro de Mediadores, do Ministério da Justiça, como exigência para o exercício da função, sendo que o profissional tem que ser advogado.

Na mesma linha de dedução, constatamos que a Constituição Federal, em seu preâmbulo, preconiza: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte..., com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus...”.

A partir da análise do primeiro preceito da Magna Carta, podemos, com certeza, deduzir que deve-se tentar todas possibilidades de utilização de meios que possam pacificar a sociedade, de maneira a torná-la mais digna, para que possamos exercer plenamente a cidadania, que nos é direito e garantia.

Pode-se perceber, no entanto, que no Brasil a utilização da mediação no âmbito dos conflitos de família é ainda muito incipiente, carecendo, sob nosso ponto-de-vista, fundamentalmente de uma tomada de consciência por parte dos operadores jurídicos, que o direito tem que se apartar da aridez positivada nos códigos, para visualizar o ser humano em sua completude, como detentor de múltiplas facetas interrelacionais, que diante de um conflito, precisam ser exploradas concomitantemente com a aplicação das bases jurídicas positivas, tendo como objeto fundamental o comportamento humano, em toda a gama de manifestações, as quais se materializam durante a constância do convívio conjugal, e também depois de sua eventual dissolução.

Segundo DANTAS (2004, p.85), no Brasil o instituto da mediação foi introduzido como prática em 1996, juntamente com a arbitragem, sem, no entanto, ter sido regulamentada através de legislação específica.

Conforme BARBOSA (2003, p.7), o novo Código Civil introduziu a Mediação Familiar através de seus princípios norteadores, como a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Destacou também que os arts. 1.511 e 1.513 da nova legislação civil, onde verifica-se em ambos a expressão “comunhão de vida”, que traduz o conceito de família de uma forma mais ampla, abrangendo a união estável e as famílias monoparentais - predominantes em nossa sociedade - em consonância com a previsão constitucional.

4. Da Natureza Jurídica da Mediação

Quanto ao aspecto jurídico, é ponto pacífico na doutrina, como já mencionado, que a mediação tem natureza contratual, haja visto que emana da autonomia da vontade das partes, que a partir da exteriorização do desejo de eleger um terceiro imparcial para conduzi-las a um consenso, estão firmando um contrato.

Um olhar mais acurado sobre os operadores do ato de mediar, como fez a própria autora derradeiramente citada, desperta-nos para a constatação de que a mediação familiar possui também, natureza interdisciplinar.

O mediador há que ser um profissional que encare os mediados como seres humanos em toda a sua complexidade de aspectos comportamentais. HAIM, em entrevista à revista Catharsis, expõe que:

“O mediador deve ter formação em áreas que hoje são consideradas interdisciplinares, porque são conhecimentos que pertencem atualmente a profissões distintas. Talvez no futuro deixará de ser interdisciplinar, mas sempre dependerá de especialistas convocados em várias especialidades do conhecimento humano.”

A partir desta constatação, vê-se a necessidade de conjugar a aplicação dos conhecimentos jurídicos, aliados a noções de psicologia, sociologia, técnicas de comunicação não-verbal, etc. Como orienta DORNELLES, 2003, “Aplicar a lei é fácil, entender o cliente é um pouco mais complicado.”

No mesmo contexto, o jurista não é aquele que sabe leis decoradas, mas aquele que simultaneamente possui uma formação técnica e cultural profunda, capaz de questionar as grandes problemáticas de direito. (CUNHA, *apud* CIARLARIELLO, 2004).

Isto nos impele à constatação de que o profissional do Direito deve aquinhoar-se de uma visão diversa daquela que é hoje transmitida nos cursos de graduação, presa à aridez dos códigos, que a despeito de serem a base da organização social e sustentáculo para o seu equilíbrio, possuem a impessoalidade que advém de sua característica *erga omnes*.

Na prática do mediador, este deve ater-se, além do direito positivado, nos meandros interrelacionais que permeiam uma união em crise, buscando utilizar-se das já nominadas disciplinas auxiliares, para encarar de forma holística a relação que procura restabelecer, entre aqueles que carecem do melhor que este profissional possa oferecer no desempenho de seu papel.

Na busca deste intento, o mediador mostrará às partes envolvidas no processo, uma nova visão acerca da crise presente.

A este respeito, ROSA (1975, p.15) discorre:

“A infelicidade dos cegos é não poder ver a beleza das cores, os tons magníficos das flores de um jardim que irradiam graça, esperança e conforto. O corpo sem visão tateia indeciso nas calçadas onde brincam as crianças, amam os jovens, pulsa o coração agitado do cotidiano. Feliz, no entanto, é aquele que, perdendo tão importante sentido, conservou os olhos da alma. Porque sem eles não há sorriso nas calçadas do mundo e o dia que nasce é uma sucessão de ambíguos desejos. O espírito cego cambaleia pelas paredes da amargura, amparado em falsas imagens, sem idéias, sem motivos, sem desígnios. Nada mais fácil do que a ignorância para cegar o homem.”

5. Da Classificação da Mediação

Podemos classificar a mediação como contrato plurilateral consensual (na medida em que as partes espontaneamente firmam um acordo de vontades), não formal (não há um rito pré-determinado, estático, mas que caminha ao sabor da resposta emanada das partes), oneroso (possui um custo previamente acordado, que varia de acordo com cada câmara), e inominado (ao contrário da arbitragem, por exemplo, onde o termo a que se chega recebe o nome de sentença arbitral. O acordo resultante da mediação, não possui nome específico).

6. Da Diferença entre a Mediação e Conciliação

Faz-se oportuna uma breve diferenciação entre Mediação e Conciliação, haja visto a constante e reiterada detecção de que muito se confunde acerca dos dois institutos:

Na mediação, uma pessoa que não é parte, mas que é escolhida por elas, aproxima e auxilia as partes na investigação e solução do conflito, podendo, ou não, chegar-se a um acordo. O mediador apenas tenta alcançar a solução amigável para o conflito; ele não interfere, nem sugere formas para um acordo.

Já na conciliação, ao contrário da mediação, o conciliador, que também é um terceiro, conduz as partes a um acordo, sugerindo alternativas e condições para a resolução do conflito; ele interfere em uma composição amigável.

7. Da Finalidade da Mediação

A mediação familiar é inicialmente voltada para a tentativa do restabelecimento do vínculo relacional que por alguma razão se perdeu. Porém, em caso da inevitabilidade do término da relação, o instituto pode e deve ser utilizado no sentido de amparar os ex-cônjuges, assegurando-lhes a possibilidade de manter dignamente o vínculo que, inquestionavelmente, resta, da relação, assim como a dos pares com os filhos. Estão envolvidas questões relativas à separação e ao divórcio, revisão de pensão e guarda dos filhos, mitigando assim, os efeitos traumatizantes, decorrentes da dissolução matrimonial.

Um olhar mais detido, diante de uma sentença que versa sobre direito de família, notadamente no âmbito da dissolução conjugal, detecta que fica uma lacuna, e uma sensação de ineficácia, no momento em que o aparelho estatal dá provimento jurisdicional à pretensão de pessoas que um dia propuseram-se a “dividir suas vidas”, no mais íntimo e profundo significado do termo, e por razões diversas chegaram a ponto de admitirem como insustentável tal proposta.

O direito, como ciência humana, e seus operadores por conseguinte, têm o dever de atentarem para o fato de que devem encarar a humanidade dos pares que serão o alvo da tutela jurisdicional. É no bojo desta constatação, que surge a aplicação do instituto da mediação no Direito de Família, uma alternativa extrajudicial para a resolução de conflitos familiares, predominantemente os conjugais, que busca precipuamente amparar a dissolução do vínculo relacional deteriorado.

8. Da Aplicabilidade do Instituto

Através de técnicas específicas e cuidadosamente elaboradas, busca-se dar um novo norte ao trato de uma situação de crise, diante da complexidade que se verifica na dinâmica do casamento, que envolve as mais delicadas abordagens, num contexto onde está mais presente do que em demandas de qualquer outra natureza judicial, o sentimento humano, as emoções quase que invariavelmente sofridas, desgastadas e potencializadas pelos “desencontros de almas”.

Uma abordagem comum consiste na aplicação de uma técnica originalmente empregada em Harvard, chamada de *Normalização*, que consiste basicamente em trabalhar de início, separadamente, com cada um dos cônjuges, para só depois de “calibrá-los” sentimentalmente para que fiquem com as emoções amenizadas, passa-se à fase de trabalho com os dois juntos, sendo esta forma de condução efetivamente eficaz, pois os resultados tendem a ser mais rápidos no procedimento em si.

Desta feita, busca se afastar da postura adversarial que caracteriza as crises que vão às barras dos tribunais e que, na maioria das vezes, culminam em finais catastróficos para ambas as partes, que saem com chagas abertas pelo ressentimento, decepção e desgaste, muitas vezes evitáveis através de uma tentativa de pacificar os conflituosos.

9. Das Vantagens da Mediação

Cabe-nos destacar o aspecto de que o instituto da mediação é, indubitavelmente, um corolário da economia processual, na medida em que, além de desafogar o judiciário das intermináveis demandas familiares, postergando dolorosas experiências vivenciais, pode muitas vezes reverter o contexto da crise.

Seguindo tal lógica, o que se tem verificado nas câmaras de mediação que já estão instaladas, é a constatação de que, na grande maioria dos casos com os quais o mediador se depara, o conflito é facilmente contornável, com o auxílio de um terceiro que tem maior clareza para detectar os pontos originários do conflito, mas que, para seus protagonistas, parece o único e maior problema do mundo, tornando-se impossível de ser solucionado entre ambos.

Exatamente pela falta de um dos principais direcionadores na aplicação do instituto, que é o restabelecimento do vínculo comunicativo entre os cônjuges, que por alguma razão, se perdeu no meio do caminho, ocasionando a impressão de que pessoas que, um dia, compartilharam sonhos e expectativas brilhantes, passam a falar idiomas diversos, permanecendo a milhas de distância, em espírito, a despeito de dividirem fisicamente o mesmo teto.

Isto não significa descartar o judiciário da resolução dos conflitos de tal natureza, mas de utilizá-lo como legitimador do termo a que chegarem os partícipes do conflito, conduzidos pela habilidade do mediador, que os orientará no sentido de redescobrirem os pontos de contato que um dia os uniram e, da mesma forma, localizar as arestas que surgiram no desenrolar da relação, e que impossibilitaram a continuidade harmoniosa da convivência.

10. Da Legislação acerca do Tema

Um novo anteprojeto de lei sobre mediação como mecanismo de prevenção e solução de conflitos foi apresentado, em 2003, a advogados, juízes e juristas durante uma audiência pública sobre o tema, promovida pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

O texto é uma versão de consenso entre duas propostas já existentes: o projeto 4.827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra - que institui a mediação de maneira facultativa - e o projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que enfoca a mediação prévia e incidental, e detalha os procedimentos para a sua implantação.

O novo texto considera admissível a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem; torna obrigatória a mediação incidental no processo de conhecimento; estabelece que as partes devem estar acompanhadas por seus respectivos advogados quando da intimação pelo mediador e estabelece a remuneração dos serviços do mediador.

Consta na exposição de motivos deste anteprojeto de lei que trata da mediação processual e paraprocessual:

“O projeto investe em duas modalidades de mediação: a primeira mediação prévia (será sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar demanda, procurar auxílio de um mediador para resolver o conflito de interesses; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória), terá lugar sempre que for distribuída demanda, sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, se extinguirá o processo sem a necessidade do juiz estatal.”

Prevenindo eventuais questionamentos acerca do possível cerceamento do acesso à justiça, pela utilização do instituto, podemos verificar já na mesma exposição de motivos do referido projeto, a seguinte explanação:

“A tentativa obrigatória de mediação incidental não fere o disposto no art 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que dispõe acerca da inafastabilidade do acesso aos tribunais, porque, diversamente do que ocorre com outros diplomas legislativos, ela ocorrerá após o ajuizamento da demanda, com que se puderam conferir à distribuição desta e à intimação dos litigantes, efeitos que, pelo Código de Processo Civil, são próprios da citação, e ainda, que a parte interessada poderá solicitar retomada do processo judicial, após decorridos 60 dias da data do início do processo de mediação.”

11. Dos Princípios da Mediação

A mediação utiliza-se de alguns princípios que vêm sendo desenvolvidos a partir da verificação de sua aplicabilidade, dentre eles podemos elencar:

11.1. Voluntariedade

Este é um dos elementos legitimadores do processo de mediação, pois as partes buscam espontaneamente o auxílio do profissional que vai mediar seu conflito. Da mesma forma, podem abrir mão da mediação a qualquer momento, o que assegura tranquilidade para ambos. Isto é, o início e o fim devem ser uma opção dos interessados, no sentido de saberem que não haverá coerção de qualquer espécie, durante ou após tal decisão.

11.2. Terceiro dotado de imparcialidade/neutralidade

Para aceitar o cargo, o mediador deve avaliar sobre o caso específico, para verificar se não há risco de parcialidade, pois sua tarefa é conduzir os envolvidos no processo, na busca do melhor caminho, rumo ao restabelecimento da dignidade da relação, sem interferir em suas decisões, seja no intuito de evitar o término da relação, restabelecendo a felicidade, como também, em caso de dissolução inevitável, tornar menos penoso os resquícios do vínculo que, invariavelmente, se apresentam como produtos de uma separação, tanto entre os ex-cônjuges, como destes com os filhos.

A postura do mediador não suporta tendenciosidade de qualquer natureza, pois no momento em que qualquer dos mediandos detectar que o condutor do processo estiver, de alguma forma, valorando, ainda que veladamente, seu posicionamento frente ao outro, no desenrolar dos procedimentos mediatórios, cai por terra um dos aspectos fundamentais do instituto, que é a confiança em quem avençou com a disposição de conduzi-los de forma equânime.

11.3. Consensualidade

A experiência demonstra que a manifestação da vontade é um dos princípios caracterizadores do instituto, pois somente oriundo de um acordo de vontades, a decisão das partes vai se mostrar satisfatória, pois terá decorrido da espontaneidade dos contratantes, sem imposições de terceiros.

11.4. Aptidão do Mediador

A aptidão pessoal para mediar deve ser avaliada durante a formação do agente, pois ela não se resume no cabedal de informações que lhe são ministradas, mas vai muito além.

Utilizando-se de técnicas de manejo comportamental, conduzirá os mediandos, estimulando-os, incitando-os a participar efetiva e eficazmente do processo em foco, com vistas a mitigar quaisquer resquícios de dissonância no convívio das partes.

Trata-se também de uma aptidão inata, intrínseca ao seu próprio ser, capacitando-o a desempenhar de forma equilibrada e eficaz, tarefa das mais difíceis, que é trabalhar com as vicissitudes do espírito humano em suas divergências relacionais.

Para Marsh, *apud* (MORAIS, 1999, p.152), “os melhores mediadores, não possuem índices significativos de acordos obtidos, mas eles deixam os participantes de mediação significativamente mais felizes”. Isto nos reporta à constatação de que deve o mediador primar, essencialmente, pela qualidade do seu desempenho.

11.5. Diligência

Como nos ensina CACHAPUZ (2003, p.39) acerca da *diligência*, o mediador há que zelar pela regularidade dos atos, visando ao aspecto qualitativo do processo e seu andamento, para que não se postergue desnecessariamente, mitigando a sua eficácia. Cabe salientar, no entanto, que isto não significa pressionar os mediandos no sentido de terem melhores performances, pois tal atitude iria diametralmente em oposição a outro sustentáculo do instituto, que é o respeito pela espontaneidade, que há de ser verificado na prática, através da atenção integral do mediador pelo natural *timing* de cada casal.

A mesma autora faz a seguinte alusão à credibilidade: “...deve ser solidificada na mediação, construindo e conquistando a confiança dos mediandos, pois, no momento em que o mediador não se fizer aceito, ou melhor, não for levada a sério sua atuação, isso proporcionará o descrédito.” (p.38).

Nessa esteira de raciocínio, podemos inferir que este princípio é uma das âncoras da atividade em tela, pois só a tranqüilidade advinda da confiança dos mediandos, os fará autênticos para externar seus desapontamentos, decepções e quaisquer outros sentimentos que tenham culminado na crise em questão.

Para tanto, a flexibilidade deve ser inerente à personalidade do mediador, pois este deve ter a versatilidade para aplicar novos métodos de abordagem, sempre que a resposta dos mediandos assim demandar. O mediador não pode engessar-se em paradigmas arraigados, dogmas prontos e acabados, mas sim imprimir uma atitude de receptor, aberto a diagnosticar as particularidades do casal em questão, pois um par nunca será igual ao outro, e o mesmo par irá apresentar alteração em suas manifestações comportamentais, no curso do processo.

11.6. Sigilo

Também definido como *privacidade* por SERPA (1999, p.94), “...essa é uma característica essencial dos processos alternativos ... não estão revestidos do caráter de publicidade. Ficam circunscritos à área de interesses privados.”

De acordo com CACHAPUZ (2003, p.38), “Os envolvidos em um processo de mediação, tanto as partes, como o mediador, assistentes e advogados, ficam proibidos de divulgar qualquer ocorrência advinda do desenlace do conflito, inclusive os seus testemunhos são proibidos em qualquer júízo.”

Nos parece de fundamental importância este aspecto, pois é intrínseco ao ser humano, querer ocultar tudo aquilo que possa ser interpretado como fracasso, perante o grupo social em que está inserido. Uma crise, logicamente, exporia a intimidade dos conflituosos; daí a necessidade da postura discreta e ética do agente e de seus auxiliares na condução do ato de mediar.

11.7. Extrajudicialidade

Devido ao fato da mediação ser uma das formas extrajudiciais para a resolução de conflitos, poderá ocorrer anteriormente, simultaneamente, ou após um processo judicial, quando este for inevitável.

A mediação, no entanto, deverá ser autônoma frente ao poder judicial, apenas se utilizando dele para a consolidação jurídica dos resultados obtidos por via da homologação judicial dos acordos celebrados pelos interessados.

12. Considerações Finais

A mediação, neste contexto, não tem o condão de novamente fechar a *caixa de pandora* do relacionamento humano, mas de ser o catalisador do único elemento que não escapou de dentro dela. A esperança, que deve ser incessantemente trabalhada pelo mediador, na nobre tarefa da redescoberta do amor, que pode restabelecer o liame relacional dos parceiros em crise.

O mediador, este condutor de egos conturbados rumo à bonança, há que ser um obstinado e mais do que tudo, um apaixonado pela observação dos relacionamentos interpessoais, para que quando todos tiverem deixado a esperança desvanecer, ele a resgate tenazmente, imbuído de seu ideal pacificador.

A mediação neste contexto é dos mais nobres procedimentos jurídicos, extrínseca e apartada da prestação jurisdicional dogmatizada e estanque. Veio, definitivamente, para ser o diferencial jurídico, no que concerne à abordagem do descompasso no âmbito do relacionamento amoroso, visando antes de tudo a essência humana, em toda a sua plenitude.

SERPA (1999, p.3), com notável pertinência, cita Knebel *et al.*, quando dizem que “Os tribunais desse país não deveriam ser lugar onde a resolução de conflitos começa. Deveriam ser o lugar onde as disputas terminam – depois que outros métodos alternativos foram considerados e tentados.”

Não deixemos jamais que a inércia e os cômodos atalhos na forma de tratar conflitos nos embuta no marasmo que veda os olhos da alma, frente ao pulsar da sociedade, que clama de nós todos, operadores do direito, uma visão holística do homem, fim único de nossa tarefa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Águida Arruda. A Mediação no NCCB. **Boletim do IBDFAM**, mai./jun., 2003. p.7.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, 1988.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.
- CIARLARIELLO, Maria Beatriz. **A interdisciplinaridade dos temas que envolvem a mediação familiar e a formação profissional**. Disponível em <<http://www.advocaciaconsultoria.com.br/dirfamilia/mediacao%201.htm>>. Acesso em 05/05/2004.



COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DANTAS, Ana Florinda. **A mediação familiar e sua aplicação nas varas de família**. Disponível em < <http://www.pailegal.net/default.asp> >. Acesso em 01/05/2004.

DORNELLES, Lígia Maria Marinho. **Mediação e formação integral do homem**. Disponível em www.almed.com.br p.10.

HAIM, Grunspum. Mediação Familiar. **Entrevista para a Revista Catharsis**. Disponível em <http://www.revistapsicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/mediador_familiar.htm>. Acesso em 02/05/2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Artigo publicado no **Jornal Correio do Sul**, (Bagé/RS), 06.05.1975. p.5.

SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.



RESENHA BIBLIOGRÁFICA DA OBRA “NOVOS PERFIS DO DIREITO CONTRATUAL”¹

(Paulo Neves Soto)²

Roberto Wagner Marquesi³

A Revolução Francesa pode ser vista como um processo de substituição de privilégios, representado pela prevalência do ideário burguês e a derrocada do estamento nobiliárquico-clerical. A ascensão burguesa, consolidada por NAPOLEÃO, tem seu ponto culminante no Código Civil de 1804. Documento legislativo de inegável valor histórico, porque assinala uma ruptura com a ordem ditatorial anterior, o Código Francês centra-se em três pontos cardeais: a liberdade de contratar, a propriedade privada imobiliária e a família gerida pelo marido. O Código, que visava à completude e hostilizava exegese que fosse além da interpretação literal, foi modelo de inspiração e norte de vários sistemas privados do ocidente, como o antigo Código Civil do Brasil, vigente de 1917 a 2003.

O contrato de orientação burguesa, um dos pilares do sistema pós-revolucionário, prestigia a vontade como expressão da liberdade do ser humano e a força vinculante como elemento de segurança da relação obrigacional. Em nome de uma pretensa igualdade entre os homens, que nasceriam iguais em direitos e obrigações, a legislação napoleônica admite ampla margem para fixar a forma e o conteúdo do contrato, numa época em que o valor e a dignidade do homem aferiam-se por seu poder de inter-relacionar-se. Segundo esse paradigma, criam-se aforismas como “*o contrato faz lei entre as partes*” e “*o combinado não é caro*”. Ao Estado, de acordo com essa óptica, reservar-se-ia o poder de intervir apenas para fazer cumprir o mandamento contratual, mas nunca para alterar ou determinar-lhe o conteúdo.

¹ Texto publicado na coletânea **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo uma racionalidade contemporânea**. Organizada por GUSTAVO TEPEDINO, LUIZ EDSON FACHIN e outros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.247-265.

² Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Docente das Faculdades de Direito da UniverCidade-Campos e UCAM-Centro.

³ Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Autor da obra **Direitos Reais Agrários & Função Social**.
E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br

A *mens legislatoris* de 1804 não pode ser entendida senão diante das variáveis políticas e econômicas que determinaram o advento da Idade Contemporânea. Uma vez chegada ao poder, é natural que a classe burguesa quisesse conservar seus privilégios como classe dominante. Por isso, fez editar uma legislação que priorizasse os interesses do mais forte, sob o disfarce de que a natureza fizera os homens iguais. Assim, se todos são naturalmente iguais, a vontade de todos é igual. Logo, a vontade, nos contratos, há de ser respeitada, porque é fruto de homens livres, dotados da mesma inteligência, raciocínio e percepção, ou seja, vontades para cuja conjunção não houve a prevalência do contratante mais forte.

Daí a intangibilidade do contrato, salvo quando a vontade declarada não corresponder à vontade real, o que se manifesta nos vícios de consentimento, como erro, dolo ou coação.

O primado da autonomia da vontade, corolário do princípio da igualdade formal, impregnou o sistema privado brasileiro até há bem pouco tempo, embora haja mentes que, ainda hoje, acreditem na idéia de que o ajuste faz lei entre os contratantes, emprestando a essa idéia um caráter absoluto e abstraíndo-a de qualquer outra consideração.

Em excelente trabalho sobre o tema do Direito Contratual moderno, PAULO NEVES SOTO traça um paralelo entre a visão do contrato no Século XIX e a sua hodierna concepção, demonstrando, com base em boa e densa doutrina, pela lenta porém gradual evolução que se operou em dois séculos de história. A autonomia da vontade continua um princípio do Direito Negocial, como a força obrigatória segue como cânone. Um e outro são, na verdade, da essência do contrato e não podem ser derogados, pois se o pudessem não seriam princípios. A autonomia da vontade e a força obrigatória garantem o exercício da liberdade e a segurança jurídica nas convenções, mas é inegável que ambas, conquanto princípios, sofrem importantes atenuações.

No tocante à autonomia da vontade, o primado da função social surge como a principal qualificadora do contrato e delimitadora do princípio. Como pondera o autor, a funcionalização das convenções não implica em cerceamento ou restrição da vontade, mas em sua qualificação. É de entender que a exigência de o contrato atingir um anseio social na verdade valoriza a vontade do contratante, pois faz com que ela, sendo expressa de forma correta e promovendo a circulação de riquezas, acuda ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. A vontade cumpridora de uma função social gera um organismo dotado de uma alma.

O sistema napoleônico, voltado para a patrimonialização do Direito Civil, cede diante da idéia da repersonalização. Hoje, o sistema privado deve atentar para o

ser ao invés de buscar a realização da pessoa no patrimônio. PIETRO PERLINGIERI, citado no texto e traduzido pelo autor, sustenta que “*os organismos de Estado governamentais nacionais e internacionais nesta nova ordem devem buscar exercer os direitos da pessoa de forma efetiva. Só assim chegaremos ao desenvolvimento da pessoa e de sua dignidade. O Estado, hoje, para ela se vira.*” Por isso o Estado deve intervir em certas relações privadas, conduzindo-as de modo a impedir iniquidades e a prevalência da parte mais forte. Não foi a toa que o Estado interveio nas relações de consumo, nos contratos de trabalho, nas convenções agrárias e nos planos de saúde, sempre procurando estabelecer o equilíbrio onde a parte mais forte pudesse fazer pender a balança.

Em idêntico senso estão as palavras de RICARDO LUIS LORENZETTI ⁴, professor de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, para quem “*O Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade, impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis.*” Um bom exemplo desse raciocínio no novo Código encontra-se na adoção de maiores, que antes podia ser feita por escritura e agora só se admite por intervenção judicial (art. 1.623). Mercê da relevância do instituto para o adotando e para a sociedade, o legislador entendeu por dirigir a forma e o conteúdo do ato, exigindo a presença obrigatória do Estado-Juiz.

O novo Código Civil, rompendo com a estrutura excessivamente liberal do Código anterior, centrado na idéia absoluta da autonomia da vontade, estabelece o primado da função social. Como lembra o autor, este princípio já existia em nosso sistema, mas somente agora foi galgado ao Código Civil, mostrando o firme propósito do legislador de qualificar as convenções privadas. Disso se extraiu a dicção do art. 421, segundo a cuja regra, a “*liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Mas não é só o princípio da funcionalização contratual que informa o novo sistema contratual; também o cânone da boa-fé, conquanto não constitua uma novidade no Direito Privado nacional, porque presente em dispositivos esparsos, agora passa a presidir a todas as relações contratuais. Trata-se igualmente de uma qualificadora da autonomia da vontade, a exigir de ambas as partes, durante as tratativas e mesmo após a conclusão do contrato, um modelo de conduta condizente com a moral e os bons costumes. Isso significa, por exemplo, que o vendedor, sabedor de um defeito na coisa vendida, não pode ocultar o problema, ainda que o comprador não o indague. Em caso tal, faltará à boa-fé; também faltará à boa-fé o segurado de plano de saúde que, não indagado, deixar de informar padecer de certa

⁴ **Fundamentos do Direito Privado.** (Trad. Vera Regina Jacob de Fradera). São Paulo: Ed. da Revista dos Tribunais, 1998, p.540.

enfermidade que, conhecida da outra parte, determinaria outro rumo à negociação.

Para equacionar os princípios que presidem o sistema contratual, os quais não se excluem mas se complementam, surge a figura do intérprete. A hermenêutica passará a desempenhar um papel fundamental no novo Código Civil, pois, segundo o cânone insculpido em seu art. 113, “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração.*” Como diz o autor, no campo do negócio jurídico o que verdadeiramente importará com o novo Código é a forma como as partes se conduzirão e, assim, a lealdade se imporá mesmo quando a vontade real se apresentar diversa, pois a boa-fé (entenda-se boa-fé objetiva) passa a ser um limite à liberdade individual.

Supera-se, com isso, a teoria da vontade em favor da teoria da declaração, contornando-se os ingentes obstáculos do hermeneuta na apuração da real vontade do agente. Agora, atenta-se ao comportamento do declarante, partindo-se do pressuposto de que *toda conduta ou agir comunicativo, além de carrear uma pretensão de veracidade ou autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), despertará nos outros, expectativas quanto à futura conduta do agente, implicando, de modo geral, em uma autovinculação.*⁵

Ao positivizar os princípios da função social e da boa-fé, o Código não está, em verdade, inovando, posto que tanto um quanto outro já se encontravam presentes em nosso ordenamento, embora de forma não expressa. Mesmo assim, como conclui o autor, o legislador *põe fim à resistência tacanha aos novos paradigmas do Direito Privado, promovida pelos operadores do direito que insistiam na defesa do princípio da autonomia da vontade.*

Espera-se que saibam os operadores do direito, formados ainda sob a visão clássica do contrato, assimilar de uma vez por todas essa mentalidade, que, em boa verdade, é o sentido sob o qual foi concebido o Texto Constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LORENZETTI, Ricardo L. **Fundamentos do Direito Privado.** (Trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: Ed. da Revista dos Tribunais, 1998.

MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova teoria dos Contratos.* In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Gustavo Tepedino (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.163 e ss.

PERLINGIERI, Pietro. *Nuovi profili del contratto.* In: **Rassegna di Diritto Civile.** Roma: *Scientifiche Italiane*, 2000. p.545-571.

⁵ LEONARDO MATTIETTO. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos CONTRATOS.* In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Gustavo Tepedino (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.163.



Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas – Aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior nos dias 12, 14 e 16/03/73 – Apostila do “Curso de Extensão Universitária” da Associação dos Advogados de São Paulo

*Marcos Antônio Striquer Soares**

O texto resenhado, a seguir, está contido em uma apostila de aulas do professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ministradas em um curso de Extensão Universitária em Direito, sobre “Teoria Geral do Direito”, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, de março a junho de 1973. Coube ao professor Tercio, ministrar três aulas sobre “Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas”, nos dias 12, 14 e 16 de março daquele ano.

Apesar de tratar-se de “apostila” de aulas ministradas há mais de 30 anos, o texto merece distinção. A Ciência do Direito busca encontrar uma dinâmica que permita o inter-relacionamento entre a norma jurídica e o mundo que a cerca. Por exemplo, entre norma jurídica e decisão política, entre norma jurídica e economia, que é hoje, certamente, seu grande desafio. Essa “comunicação” entre duas realidades deve ser harmoniosa a ponto de não desfigurar cada uma delas, mas permitindo que uma interfira sobre a outra. Isto pode ser viabilizado pela teoria dos sistemas, conteúdo do texto resenhado. Retirar o Direito de sua “casca” normativa, integrando suas disposições à realidade, é, ainda hoje, certamente, o grande desafio da Ciência do

* Docente da disciplina Direito Constitucional na UniFil e na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestre e Doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP.
E-mail: marcosstriquer@uol.com.br

Direito¹. Isto tudo torna o texto resenhado algo raro e atual, merecendo distinção também pelas qualidades do seu autor.

O material didático em questão contém três aulas sobre “sistema jurídico e teoria geral dos sistemas”. A resenha aborda somente as duas primeiras aulas e, especificamente, a teoria geral dos sistemas. O conteúdo sobre sistema jurídico (desenvolvido ao longo de todas as aulas) e o sistema jurídico proposto pelo professor Tercio (apresentado na terceira aula), não constam da resenha. O Direito permeia a resenha por ser nossa preocupação última, mas, na análise do texto, voltamos nossa atenção à teoria dos sistemas.

Passemos, então, à resenha.

1.- Primeiramente, expõe o Professor, a palavra **sistema** se torna importante, sob o ponto-de-vista estritamente teórico, como um instrumento de análise. Quando se fala em sistema social, ou quando falamos em sistema jurídico, nós não pensamos em alguma coisa objetiva, em algo que está diante de nós, e que nós pretendemos examinar, analisar, como se o sistema fosse, por exemplo, uma mesa diante de mim, que eu posso descrever. Não se trata, portanto, de sistema como coisa objetiva, pura e simples. A palavra sistema pretende, inicialmente, ser apenas um instrumento teórico, instrumento de análise, isto é, ela constitui um apare-

¹ Paulo Bonavides traz passagem elucidativa quanto à dimensão do tema: “Todo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a *jurídica* e a *política*. A verdade é que ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira; no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patentes. O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.” Mais adiante, completa o referido autor: “Essa inserção da Constituição formal num sistema material e orgânico, não só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição Kelseniana – constitucionalismo jurídico impotente perante à Constituição real – como, por outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nestas, a privação de juridicidade importa sempre em subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas.” (**Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.77-79).

lho através do qual se vai analisar alguma coisa (p.3-4).²

Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica que “Há, evidentemente, uma noção intuitiva do que seja o sistema, que é comum a qualquer pessoa que fala a língua portuguesa. Quando falamos em sistema, pensamos, imediatamente, em ordem, em conjunto, em todo, em ordenação. Isto é, a palavra “sistema” tem, no vocabulário de todo dia, pelo menos dois sentidos que nos foram fornecidos pela tradição. De um lado, nós entendemos essa palavra com sentido de “nexo”. Trata-se de uma reunião de coisas, de elementos quaisquer que sejam, um conjunto.” Conjunto de coisas interligadas. De outro lado, a usamos no sentido de “método”, quando dizemos, por exemplo, “ser sistemático”, significa, com isso, “ser metódico”. Esta é a inteligência que temos do termo do nosso discurso habitual, bem como quando usamos a palavra dentro de uma obra de teoria geral de Direito.”(p.6).³

2.- “Sistema é sempre duas cousas: sistema é uma *conjunto de elementos* e um *conjunto de elementos que estão relacionados entre si*. Assim, nesses termos, os elementos compõem aquilo que chamamos de *repertório* do sistema e as relações que estabelecemos entre os elementos compõem aquilo que chamamos de *estrutura* do sistema.” Os elementos do sistema mantêm relacionamento a partir de uma série de regras que unem esses elementos entre si (p.13).

A língua que falamos pode ser estudada como sistema: ela possui um conjunto de elementos, as palavras, é o seu repertório; e possui regras de relacionamento dos elementos, as regras gramaticais, formando sua estrutura. (Exemplo subentendido da p.13/14).

² Nos textos de Maria Helena Diniz, encontramos as seguintes explicações: “O sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática. Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório) relacionados entre si, conforme certas regras. [...] o Direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o Direito sob uma forma ordenada ou ‘sistemática’, para facilitar o seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos indivíduos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam (DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.26-27).

³ Norberto Bobbio traz as seguintes explicações: “Entendemos por ‘sistema’ uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência ente si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Ed. UNB, 1997, p.71).

2.1.- Paulo Bonavides⁴, em seu Curso de Direito Constitucional, explica: “Sistema é palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo que por sistema veio a se entender, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência. Tradicionalmente, distinguem-se duas acepções de sistema: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco. O sistema externo refere-se ao trabalho intelectual que resulta em um conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados, segundo um princípio unificador.” Já o sistema intrínseco ou interno, explica Bonavides citando André Lalande, “não se refere ao conhecimento do objeto, mas ao objeto mesmo. Traduz-se num conjunto de elementos materiais (coisas ou processos) ou não-materiais (conceitos), ligados entre si por uma relação de mútua dependência, constituindo um todo organizado.” O sistema externo pressupõe a caoticidade do dado, os dados dispersos são reunidos a partir de um princípio unificador; o sistema interno, ao contrário, explica o dado em si, analisando “suas partes” ou analisando o conjunto de elementos que compõem aquele dado.

A partir das explicações de Paulo Bonavides percebemos que Tercio Sampaio Ferraz Júnior fala do modelo de sistema externo, como instrumento teórico, como instrumento de análise, adequado para analisar dados dispersos em uma determinada realidade.

3.- Continua, então, o professor Tercio: “Um sistema é fechado quando a introdução de um novo elemento o obriga a mudar o conjunto das regras, isto é, o obriga a fazer uma regra nova. (...) se eu puser um elemento novo dentro do jogo de xadrez, eu mudei a estrutura do jogo, eu fiz novas regras. O futebol também é um sistema fechado nesse sentido. Não posso ter um goleiro esquerdo, por exemplo. A introdução de novo elemento me obriga a uma mudança nas regras. Alguns sistemas são mais ou menos fechados, não são absolutamente rigorosos. Eu posso jogar futebol como numa pelada na praia. Posso jogar até com doze ou quinze, se for o caso.” (p.13). Um sistema é aberto quando eu posso encaixar um elemento estranho, que vem de fora, que não pertence ao seu conjunto de elementos e, apesar disso, não preciso modificar sua estrutura, suas regras de relacionamento. “A língua é um sistema aberto. Admite um elemento novo sem modificar a estrutura”, ou seja, é possível incluir uma palavra estrangeira sem modificar as regras de relacionamento dos elementos do sistema. “Ocorre que isso tem um certo limite. Se, numa frase de cinco palavras, eu tiver quatro inglesas e uma portuguesa, eu quebro a estrutura do português. Então, há um certo limite para a abertura de um sistema.” (p.14).

⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.89-90.

3.1.- É importante destacar, aqui, das explicações dadas pelo professor Tercio, que os sistemas abertos têm limites de tolerância, limites de saturação. O Dicionário Aurélio explica que saturação é: “1.- Ato ou efeito de saturar(-se). 2.- *Fís.* Estado de um vapor em equilíbrio com o seu líquido. 3.- *Fís.* Estado de um material ferromagnético em que a indução magnética tem o valor máximo. 4.- *Fís.-Quím.* Estado de uma solução em que a concentração do soluto é a máxima compatível com as condições de temperatura e pressão da solução.”⁵ Podemos dizer, então, que um sistema tem a capacidade de assimilar elementos estranhos, não pertencentes a ele, mas se isto ultrapassar o seu limite de tolerância, de saturação, o sistema pode ficar descaracterizado, deixando de ser aquilo que era originariamente, passando a ser algo sem nexos algum, ou algo assimilado por outro sistema.

4.- “Quando pensamos, pois, no Direito como um conjunto de normas, pensamos num sistema fechado, isto é um conjunto que delimita o campo da experiência, um sistema de normas que condiciona a experiência jurídica de tal modo que então vou dizer que experiência jurídica é aquilo que cai dentro desse conjunto de normas. Será anti-jurídico se estiver fora dela. Trata-se de um sistema que fecha, estabelece um limite.” (p.12-13).

Essa é a concepção tradicional de sistema, que domina o entendimento dos juristas (não se esqueça que isto foi dito em 1973), está ligada a algumas idéias fundamentais: 1) trata-se de um conjunto limitado de elementos: “Sistema” é um conjunto, portanto, de elementos que pertencem, ou de elementos que não pertencem a um sistema; 2) trata-se de um conjunto de elementos que estão relacionados entre si; o sistema tem uma estrutura, portanto, com regras de dedução e de subordinação, que permitem partir de princípios gerais para normas particulares (temos, aí, a idéia primeira do chamado “sistema dedutivo”); 3) temos, no sistema tradicional, uma imagem, “nós temos que ver o sistema na forma ou na imagem da hierarquia”; 4) o sistema tradicional tendente a aparecer como limite autárquico, ou seja, como aquilo que basta a si mesmo, não precisa de mais nada, que tem dentro de si todas as condições para realizar aquilo que tem a realizar. Esta concepção de sistema gera uma incapacidade da teoria jurídica em compreender a interação do sistema com seu meio ambiente⁶ (p.21-22).

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.1.556.

⁶ Merece registro o estudo de Dimitri Dimoulis sobre a inserção de elementos subjetivos na interpretação da norma jurídica. Ele desenvolve seu estudo demonstrando a incoerência dessa inserção e indicando a viabilidade de uma interpretação calcada estritamente no positivismo. Apesar de descartarmos de tal postura, serve como advertência aos estudiosos do Direito para o perigo de inserir no sistema jurídico elementos estranhos. Temos, ali, a referência à lei como limite do intérprete e o perigo de interferências subjetivas no resultado da interpretação da Constituição. (Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do Direito Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.88, n.769, p.11-27, nov. 1999).

Essas explicações do sistema tradicional são compatíveis com a idéia de sistema interno ou intrínseco, nos moldes acima expostos a partir de explicações de Paulo Bonavides.

5.- Atualmente, estudiosos do Direito têm apresentado o sistema jurídico como um sistema aberto. Segundo Canotilho o sistema jurídico constitucional é constituído como *sistema aberto* porque as normas constitucionais têm disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” para captarem as mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça.”⁷ A consolidação de um sistema aberto e de uma dinâmica equilibrada para não destruí-lo, ainda é um desafio.

6.- Tercio Sampaio Ferraz Júnior apresenta um modelo circular de sistema, o qual também é entendido como um conjunto de elementos e conjunto de elementos relacionados entre si, a partir de regras de relacionamento. “Além disso, o sistema circular constitui limite entre limites. Isto é, o sistema circular parte da idéia, também, de que o sistema, como tal, estabelece um limite e que esse limite tem, digamos assim, um aspecto interno e outro externo. O aspecto externo é um outro sistema. Isto é, todo o sistema está limitado por outros sistemas. Mas ao estar limitado por outros sistemas, ele está aberto para os outros sistemas; quer dizer, ele está constantemente em comunicação com outros sistemas. Assim, no sistema circular, apesar da idéia de o círculo ser fechado, há um momento em que o círculo se inicia, por assim dizer; isto é: um momento em que a informação entra. E há um momento em que o círculo se fecha, isto é, um momento em que a informação sai, voltando para o mundo circundante do sistema. Então, como vêem, há um canal de entrada e há um canal de saída.”(p.22/23). Lá dentro, diz o autor, “acontecem uma porção de coisas.”

Esta idéia de sistema é completamente diferente do chamado sistema dedutivo, ou do sistema da pirâmide. Ele tem algumas características gerais, independentemente do Direito. A primeira característica é a chamada **importação de energia**. O sistema tem, como ponto de partida, o meio ambiente, de onde ele importa energia. “Importar energia” significa que ele tira elementos do meio ambiente e os traz para dentro do sistema, para realizar um trabalho qualquer. Além disso, o sistema **transforma energia**, isto é, ele toma a energia e apresenta um novo produto, que lança para fora. Este tipo de sistema tem uma atividade cíclica, e pretende ser um sistema vivo. Esta concepção de sistema é tirada dos sistemas biológicos, dos sistemas orgânicos. Em terceiro lugar, o sistema tem, em geral, aquilo que, na Teoria Geral dos Sistemas, se chama de **entropia negativa**. A idéia é a seguinte: todo sistema vivo tende a se desintegrar, tende a morrer. Quando digo que todo sistema vivo tende a morrer, digo que a atividade do sistema é entrópica; ele tende a se desintegrar, a desaparecer, a morrer. Ora, o sistema evita a morte de

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.165.

diversas maneiras, como, por exemplo, importando energia, armazenando energia. E, quando armazeno energia, a minha atividade não é mais entrópica, não busca mais a morte: ela é entrópica *negativa*. Então, o sistema vivo aprende pela retro-informação, quer dizer, é um sistema que está em contato com o seu meio ambiente (p.23-24).

7.- O sistema se estabelece a partir de “diferenciação e autonomia” (conforme expõe a teoria geral do sistema). “**Diferencia-se** de quê? Do seu mundo circundante, na medida em que cria uma história própria. Diferençar-se não significa isolar-se, não significa não se comunicar com o mundo circundante; ao contrário, significa constituir uma esfera dotada de autonomia, de tal modo que os processos seletivos, na elaboração das informações que venham de fora, possam ser controlados pelo próprio sistema. (...) As estruturas e os acontecimentos do mundo circundante deixam de ser automaticamente aceitos, no momento em que o sistema está diferenciado, isto é, o sistema se torna diferenciado quando deixa de ser um ser reflexo. Em outras palavras: o sistema se torna diferenciado quando o meu comportamento não é imposto de fora para dentro. Aí ele se torna diferenciado (p.29-30).

O sistema não se cria por acaso, mas os sistemas vão se criando na medida em que a sociedade vai exigindo; e a sociedade já tem certos programas estabelecidos, de modo que o sistema se constitui, na medida em que vai sendo uma variação de outros sistemas já constituídos. Assim, por exemplo, o Direito Processual é um sistema que se constitui, tardiamente, no Direito. Durante muito tempo ele se mantém adjetivo. Não é um sistema autônomo, não é um sistema diferenciado. Ele está ligado a alguma coisa, até o momento em que, dentro daquela estrutura já pré-estabelecida, ele começa a se separar. E se diferencia e começa a ser algo próprio. Ele já não é mais um sistema automático do outro sistema maior, mas ele começa a se separar e vai começar a constituir uma esfera própria, uma história própria (p.30).

8.- O sistema diferenciado tende a tornar-se um sistema autônomo. **Autonomia** é diferente de autarquia; autarquia, pela sua raiz etimológica, significa aquilo que se basta a si mesmo. O sistema autônomo é aquele que não é autárquico: “entendemos autonomia como a possibilidade de o sistema regular o que deve entrar e regular o que deve sair; regular a entrada de informações e regular a saída de informações. O sistema que é autárquico, que se fecha, que não tem comunicação com o mundo exterior, não pode ser autônomo” (p.32).

8.1.- A autonomia é conquistada, entretanto, pelo sistema, com a ocorrência de certas condições de natureza temporal, real e social. Sob o ponto de vista temporal, ele precisa de tempo, precisa que haja uma distância temporal entre a elaboração das informações e a produção de novas informações. Isto é, ele precisa ser capaz de separar, temporalmente, a entrada da informação e a produção de novas informações. Por exemplo, se damos a um legislativo (que também é um procedimento) um código inteirinho para julgar em dois meses, ele não é autônomo. Ele

não tem condições de receber aquelas informações, “mastigar” aquilo e produzir alguma coisa. Ele recebe e devolve. Não é autônomo (p.32-33).

8.2.- Além disso, para que o sistema tenha autonomia, é preciso que haja certa *“diferença real de sentido”*. Isto significa que a autonomia depende do fato de que as relações significativas, entre o sistema e o seu mundo circundante, são estabilizadas em dois níveis diferentes de generalização. O nível número 1, se refere ao sistema como tal: para que ele se torne autônomo é preciso que seja *reconhecido, genericamente, como instituição* e não dependa de cada procedimento que se realize, de cada procedimento particular para que ele subsista, de tal modo que as falhas existentes, nos procedimentos particulares, não perturbem o sistema institucionalizado. Pode haver um processo em que se constata uma falcatrua, mas, nem por isso *todo* o processo está condenado. Mas, também, num segundo nível, é preciso que haja um outro tipo de generalização. É preciso que *cada procedimento particular, apesar da institucionalização, tenha uma certa margem de liberdade de ação*, vale dizer, se estabelecermos rígida e fixamente o sentido e a certeza para todo e qualquer procedimento e não dermos margem para que cada procedimento particular decida numa certa esfera de liberdade, então esse sistema também não vai ser autônomo, não será autodirigido, vai ser dirigido de cima. Praticamente, as decisões vão ser controladas de fora do sistema, ele não é autônomo; assim, “se criarmos um sistema em que o Juiz está obrigado a decidir daquele jeito, que já foi decidido previamente, o sistema não é autônomo (p.33).

O sistema, podemos perceber, então, das aulas do professor Tercio, é autônomo porque o todo é independente das partes; mas, num segundo grau de generalidade, também é autônomo porque cada uma das partes é independente do todo.

8.3.- Finalmente, para que o sistema seja considerado autônomo, tem que haver certas **condições sociais**. “E quais são estas condições? A autonomia do procedimento depende ainda da diferenciação da própria sociedade, do próprio meio que nos cerca” (p.34).

Podemos dizer, em outras palavras, a partir das aulas ministradas: para haver essas condições sociais é preciso que um conjunto de relações existentes no meio social se desprenda do mundo circundante e crie uma história própria, ganhando independência.

9.- Para encerrarmos essas anotações, sobre a teoria sistêmica, a partir de apostilas de aulas ministradas em 1973, devemos esclarecer o leitor que após esse curso, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior publicou, em 1976, um livro denominado “Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask”, pela Editora Revista dos Tribunais. A resenha traz apenas o “aperitivo” (as aulas ministradas em 1973) para iniciação à teoria dos sistemas e ao sistema jurí-



dico. Mas a Ciência do Direito ainda tem muito a caminhar na busca do equilíbrio entre o Direito e o mundo que o cerca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.88, n.769, p.11-27, nov. 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.