



A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.6, n.10, p. 1-108, maio. 2013

Belém/Pará
2013

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



Equipe de Editoração

Editora responsável

Laís Zumero

(Chefe da Divisão de Editoração e Publicação/ESM-PA)

Talita Valéria Trindade de Souza

Ezequiel Noronha

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira

(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca/ESM-PA)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

Abstracts e key words

Silvia Benchimol

Fotos

Elza Lima

Ricardo Lima (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Marcus Vinícios Rocha (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Projeto gráfico e capa originais

Casa Brazilis Design

Impressão

Sidnei Folini Monteiro - EPP

Triunfal Gráfica e Editora

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____ Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – ____ . Belém: ESM-PA, 2008 – ____ .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do
Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
ENTREVISTA	
Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento	9
CONFERÊNCIAS	
A Sombra de Roma no nosso Direito: <i>quo vadis iustitiae?</i>	
Eduardo Vera-Cruz Pinto	14
O Direito Comum de Língua Portuguesa	
Dário Moura Vicente	20
ARTIGOS	
Habeas Mídia.....	
Newton De Lucca	32
O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.....	
Luís Roberto Barroso	38
Censura “Judicial” e Censura Privada.....	
Charles. M Barros	60
Reflexões sobre a Cláusula Geral da Responsabilidade Objetiva pelo Risco da Atividade como Mecanismo de Concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo Judiciário	
Pastora do Socorro Teixeira Leal	70
Alexandre Pereira Bonna	
Trabalho do Egresso em Regime Aberto para Fins de Remição de Pena e Ressocialização: análise da Lei nº 12.433, de 29.06.2011 e da Jurisprudência	
Jonas da Conceição Silva	84
CRÔNICA	
Crônica de uma saudade <i>Dworkin e a Visão do Paraíso</i>	
Paulo de Tarso Dias Klautau Filho	93
RESENHAS	
Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal	
Marcus Alan de Melo Gomes	100
Responsabilidade Civil - Dever Jurídico Fundamental	
Laís Izabel Peres Zumero	104



Os tempos passam, as mudanças ocorrem. Parafraçando Pe. António Vieira, passam as horas, passam os dias, passam os anos, passam os séculos (...)

Não há pedra, nem telha, nem planta, nem raiz, nem palmo de terra na Terra que não esteja sempre passando (...), mas as pegadas ficam.

A revista "A Leitura" é uma dessas pegadas que fica e se renova, se aprimora com o tempo que passa.

Este é meu segundo biênio como Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura, hoje sob a presidência da Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento, tendo como Diretor-Geral Adjunto o Des. Leonam Gondin da Cruz Jr.

Continuamos nossa trajetória de crescimento, o Conselho Editorial está sendo ampliado com a participação de ilustres juristas, magistrados, professores, como o Ministro do TST e Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Professor e Escritor, Ives Gandra da Silva Martins Filho; Doutor Fernando Facury Scaff, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático da Universidade Clássica de Lisboa.

À Revista "A Leitura" a Presidente do Tribunal de Justiça do Pará, Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Santiago, concedeu entrevista, abordando o plano estratégico de gestão e suas prioridades.

Cinco artigos, duas conferências e a crônica de uma saudade em homenagem à memória de Dworkin compõem o eixo central deste novo número de nossa revista.

Newton de Luca, Professor, Doutor e Presidente do TRF/3ª Região discorre sobre *Habeas Mídia*, tema palpitante e atual que aborda a questão da liberdade de expressão, a proteção à intimidade e o abuso da informação.

O *Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto* é o artigo do eminente professor Luis Roberto Barroso, uma das maiores autoridades em Direito Constitucional das letras Jurídicas, dentro e fora do país.

Censura Judicial e Censura Privada de autoria do Juiz de Direito do TJPA e Professor de Direito Penal e Processo Penal, Charles M. Barros, procura expor a delimitação temporal, material e subjetiva do conceito de censura,

Editorial



tendo como suporte a doutrina, a jurisprudência e a lei, e seus reflexos nos dias de hoje.

Reflexões Sobre a Cláusula Geral da Responsabilidade Objetiva pelo Risco da Atividade como Mecanismo de Concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo Judiciário da Desembargadora do TRT-PA, Professora, Doutora Pastora do Socorro Teixeira Leal, em coautoria com o mestrando Alexandre Pereira Bonna, procura dar relevância ao diálogo entre o Direito Civil e o Direito Constitucional em função da concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.

Jonas da Conceição Silva, Juiz de Direito da Vara de Execução Penal deste Estado, aborda o tema *Trabalho do Egresso em Regime Aberto para Fins de Remição de Pena e Ressocialização: análise da Lei nº 12.433, de 29.06.2011 e da Jurisprudência.*

Duas são as conferências, produto do II Encontro Jurídico da ESM/TJPA, ocorrido em outubro passado: *A Sombra de Roma no nosso Direito: quo vadis iustitiae* e *O Direito comum de Língua Portuguesa*, esta do Prof. Dário Moura Vicente, aquela de autoria do também professor lusitano Eduardo Vera-Cruz Pinto.

Em homenagem póstuma a um dos maiores teóricos na área da Filosofia do Direito, Ronald Dworkin, falecido, em fevereiro passado, o Prof. Dr. Paulo de Tarso Dias Klautau dedicou-lhe a Crônica de uma Saudade, intitulada *Dworkin e a Visão do Paraíso*”.

Os tempos passam

As pegadas ficam.

Pe. António Vieira

BOA LEITURA!

Desembargador RÔMULO NUNES

Diretor-Geral da ESM-PA





Entrevista

Desembargadora Luzia Nadja Guimarães
Nascimento

Por Laís Zumeró

Chefa da Divisão de Editoração e
Publicação da ESM/TJPA

A Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento, Presidente do TJPA para o biênio 2013/15, vem trilhando brilhante carreira jurídica, egressa do Ministério Público, onde inicia sua trajetória, por concurso público, em 1983; chega a 3ª. Entrância por merecimento em 1990, em seis anos ascende ao cargo de Procuradora de Justiça. No MP, entre outras ações, implanta e coordena o Centro de Apoio Operacional de Defesa Comunitária e da Cidadania, também dirige a Secretaria-Geral por quatro anos.

Em março de 2003, ingressa no TJPA, ocupando a vaga correspondente ao Quinto Constitucional como Membro do Ministério Público. É empossada como Desembargadora em abril do mesmo ano. Integra o Conselho da Magistratura e é Corregedora de Justiça da Região Metropolitana de Belém no biênio 2007-2008. Preside a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Pará/CEJAI, e desempenha a função de Gestora do Sistema de Gestão de Processos Judiciais (LIBRA).

Constrói para sua administração seu Plano de Gestão que determina modernidade, eficiência, agilização, competência, transparência e compromisso em prol de uma justiça voltada para os jurisdicionados.



Precisamos trabalhar com compromisso e entusiasmo, na certeza de que os objetivos são alcançados pela determinação de quem acredita na evolução e no progresso, e que os obstáculos serão vencidos pela persistência de quem busca os melhores resultados. Estamos longe da prestação jurisdicional ideal, mas temos a firme convicção de que nada vence o trabalho e a firme vontade de acertar.

Nesta entrevista, a Desembargadora Presidente se volta para a comunidade leitora de nossa revista, discorrendo um pouco sobre suas metas para este biênio, iniciado em fevereiro passado.

A Leitura – Do Ministério Público ao Desembargo, experiências múltiplas, pois, embora em curto tempo, a Senhora advogou, o que traz para a Presidência do TJPA?

Desa. Nadja – De fato, minha história de vida me possibilitou passear pelas três experiências do Direito. Em todas elas sempre tentei oferecer o melhor de mim e estar sempre atenta para o que pudesse aprender no ambiente de trabalho em que estava envolvida. Hoje, na magistratura, a exemplo do

* Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA)

que aconteceu em todas as outras áreas em que atuei, priorizo sempre o jurisdicionado. Busco implantar boas práticas que visem a melhorias da tutela jurisdicional. O bom funcionamento do Judiciário, o amplo acesso à justiça e a prestação jurisdicional célere e eficiente são, a meu ver, indispensáveis para a manutenção do Estado de Direito.

A.L – Quais as funções que tem desempenhado em sua atuação como magistrada?

Desa. Nadja – Em 2007, assumi a Corregedoria da Região Metropolitana de Belém em que pude implementar algumas rotinas de trabalho que acredito terem ajudado a organizar e dar mais eficiência à gestão das varas. Sempre chamo a atenção de que o Magistrado é muito mais do que um técnico em Direito. Ele é gestor de sua Unidade Judiciária e coordena um grupo de pessoas para atingir um objetivo único. Também assumi as funções de gestora do LIBRA. Aliás, sempre tive em mente que a tecnologia da informação pode ser muito útil para melhorar a prestação da justiça.

A.L – Como superar as deficiências que dificultam a agilidade e a eficácia da prestação jurisdicional?

Desa. Nadja – Gestão, Planejamento de Ações e Tecnologia da Informação são peças fundamentais para vencer os problemas de morosidade e de gestão de processos que possam dar a resposta tão almejada pelo cidadão. Em um Estado de dimensões continentais como o Pará, ferramentas de internet, de comunicação instantânea são fundamentais para agilizar as decisões. Recentemente demos posse a mais de quarenta novos juízes, aprovados em Concurso Público realizado em 2012 e, dentro das possibilidades orçamentárias, queremos programar novos concursos, tanto para Magistrados quanto para servidores.

A.L – Em seu Plano de Gestão há algumas novas proposições, discorra um pouco sobre elas, como Gabinete de Segurança Institucional, Agenda de Ações Desenvolvidas pela Casa de Justiça e Cidadania, Colegiado de Gestão Estratégica, Banco de Boas Práticas.

Desa. Nadja – A ideia do Gabinete de Segurança Institucional tem o objetivo de implantar ações estratégicas de segurança para Magistrados, servidores,

do patrimônio, bem como levantar informações que afetem direta ou indiretamente o Poder Judiciário do Estado do Pará. Além do que, terá a atribuição de atuar de forma preventiva e gerenciar quaisquer situações de crise que por ventura se instalem internamente. Estamos trabalhando, ainda, na formação de um órgão de inteligência estratégica, o Gabinete Institucional de Cooperação no Gerenciamento de Crises e Incidentes, que será composto por integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público, o qual atuará conjuntamente e será acionado em situações de abrangência estadual como, por exemplo, grandes eventos, rebeliões generalizadas em casas penais e conflitos agrários.

Assim, procuramos agir, dentro da competência do Judiciário, preventivamente poupando-nos todos de soluções de emergência que muitas vezes não atacam, de fato, a causa do problema. O banco de boas práticas não é algo totalmente novo. De fato, as administrações do Judiciário estadual e nacional sempre procuraram incentivar que todo o servidor que dentro do seu cotidiano identifique os nós de seu setor para que desenvolva e divulgue uma solução proativa para aquela questão. Que ele possa tornar conhecida sua ideia e que ela sirva de inspiração para os demais. Premia-se o mérito e ainda multiplicam-se boas práticas de gestão judicial.

É justamente baseada no incentivo à pró-atividade dos integrantes do Poder Judiciário que o Plano de Ação foi concebido. Primeiro porque sua construção obedeceu à metodologia participativa, produto da ação da equipe que está mais próxima à Presidência e que, ouvindo os participantes de suas equipes de trabalho, trouxe contribuições valiosas aos objetivos e metas a serem perseguidos nesses dois anos de mandato. O Plano de Ação pode parecer muito ambicioso se visualizarmos suas 116 ações. No entanto essas ações estão distribuídas por todos os setores administrativos bem como pela Vice-Presidência, Corregedorias, Coordenadoria de Juizados Especiais, Casa da Justiça e Cidadania, Núcleo de Mediação de Conflitos e outras unidades voltadas à prestação jurisdicional.



Entendo importante salientar a criação de dois Colegiados de apoio à gestão que já estão apresentando resultados de sua atuação: o Colegiado de Planejamento Estratégico e o Comitê de Gestão Operacional. No primeiro, têm assento todos os responsáveis pelas ações constantes do Plano de Gestão. Reúnem-se, ordinariamente, a cada trimestre ou a critério da Presidência, quando necessário. Nas reuniões são definidos os rumos a seguir, bem como acompanhados, avaliados e reprogramados os resultados da gestão. Já o Comitê tem função mediadora das questões gerenciais que perpassam a ação das Secretarias e Assessorias.

Nele são revistos, semanalmente, os obstáculos a serem superados e tomadas as decisões administrativas que possibilitem o fluxo regular e satisfatório das ações administrativas, criando, espaço presencial e desburocratizado para a solução dos impasses diários da administração do Judiciário.

A.L – Como buscar parceria para ampliar os Serviços de Prestação Jurisdicional?

Desa. Nadja – ninguém é uma ilha. Em sociedade é preciso aprender desde cedo a necessidade de compartilhar ideais, de dialogar problemas e conjuntamente buscar o bem comum. Ainda que os Poderes tenham suas competências constitucionalmente definidas. No mesmo texto constitucional é fácil perceber que a principal característica do Estado deva ser a harmonia entre os Poderes. Assim, o diálogo com o Governador do Estado e com a Assembleia Legislativa é sempre franco e em busca de melhor

servir ao povo paraense, como também Magistrados sempre me surpreendem com projetos importantes para atuação de um Judiciário vivo no tempo. Nem sempre a implementação das ações pode ser feita apenas por um dos Poderes. E nesse caso, a cooperação é fundamental. Vale ressaltar o projeto “Começar de Novo”, incorporado pela Superintendência do Sistema Penal /SUSIPE.

Hoje temos no Poder Judiciário egressa em regime aberto e semiaberto como forma de contribuir também para a ressocialização, a inserção social e o resgate da dignidade da pessoa humana por meio do trabalho.

A.L. – Em que consiste “aderir” ao Pacto pela Educação proposto pelo Governo do Estado?

Desa. Nadja – Não se trata meramente de aderir. Aderir dá a impressão que a educação possa em algum momento ter escapado da visão administrativa e jurisdicional do Tribunal de Justiça. Na verdade, o poder judiciário paraense comunga da maior verdade em termos de conquista da cidadania. Aquela na qual somente com a melhoria dos índices de educação do paraense é que poderemos vencer, em definitivo, os obstáculos do subdesenvolvimento. O Judiciário é um agente de educação, sob diversas óticas, e mantém-se convicto do papel revolucionário que a educação promove na sociedade.

A.L. – O que fazer para se resolver, evitar, o tráfico humano, principalmente a possível ligação criminosa de grupos do Pará com o Sudeste, talvez até fora do Brasil?

Desa. Nadja – Uma das soluções é atuar na fonte do problema que passa também pelo tema da educação, pois ela também é capaz de gerar a necessária melhoria na distribuição da renda. Em visão de curto prazo, no entanto, o Judiciário paraense tem atuado fortemente no julgamento das causas relacionadas ao tema. Tem oferecido apoio para que os órgãos de segurança atuem, sob o manto da legalidade democrática, na repressão do tráfico humano. Esta questão envolve a defesa da dignidade humana, meta prioritária desta e de qualquer gestão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

A.L. – Quais os maiores desafios, hoje, do Judiciário no Estado do Pará?

Desa. Nadja – São diversos e profundos os desafios do Judiciário paraense. Além da eterna questão da celeridade judicial que atinge todo o Judiciário nacional e é preocupação permanente das administrações das cortes, o Estado do Pará apresenta desafios próprios à sua situação de estado continental, com grandes dificuldades geográficas e uma riqueza natural incomensurável, o que o classifica como região de fronteira econômica com todos os problemas daí advindos – instalação de grande projetos de infraestrutura energética e mineral, desmatamento, problemas de disputa agrária, só para citar os mais impactantes, que demandam da Justiça

postura ágil, segura e competente. Assim, o magistrado não pode mais ser apenas excelente em direito, mas precisa conhecer e avaliar os aspectos socio-econômico e políticos e estar apto a exercer sua função de mediador de conflitos. Ao sentenciar decide e encaminha a sociedade para um estágio mais avançado em termos sociais e democráticos.

A.L. – Quais as metas traçadas para enfrentá-los e superá-los?

Desa. Nadja – Eu não acredito em solução mágica. Acredito que o caminho para uma administração bem-sucedida passa por um processo de Desenvolvimento Organizacional, envolvendo planejamento, gestão e investimento qualificado em espaços físicos e tecnologia da informação. Somente com um planejamento eficiente e que consiga identificar os problemas é que algo pode ser realizado de forma ordenada e consequente. Por isto, em continuidade à dinâmica de outras gestões, minha primeira preocupação ao assumir a Presidência foi elaborar um plano de ações, baseado em diagnósticos setoriais que, ao servir de paradigma para a tomada de decisão, possa, igualmente, informar aos cidadãos quais são os objetivos desta administração. Ao lado do planejamento, acredito em estabelecer as bases de uma gestão compartilhada, envolvendo e comprometendo magistrados e servidores para atingir os alvos propostos. Não tenho a pretensão de, em apenas um biênio, oferecer solução para a totalidade dos problemas, mas pretendo que minha gestão seja um elo a mais na elevação da qualidade da atuação do Poder Judiciário do Pará.

A.L. – Fale um pouco sobre sua audiência com os Parlamentares no Congresso Nacional, procurando abrir um diálogo.

Desa. Nadja – Acredito no diálogo. Estou pautando minha gestão em planejamento e gestão participativa e compartilhada. Não poderia ser diferente nas relações interinstitucionais. Governos democráticos são segmentados em Poderes. Cada qual com sua missão. Assim em audiência com os Parlamentares da bancada paraense no Congresso Nacional procurei estabelecer uma ampla base de entendimento, compreendendo os interesses maiores do nosso Estado. E felizmente esse

também é o pensamento de nossos Deputados Federais e Senadores. Dessa forma, abrimos espaço para futura colaboração em prol da Justiça do Pará.

A.L – Em seu biênio de gestão, o que pretende priorizar?

Desa. Nadja – Minha prioridade à frente do Poder Judiciário do Estado do Pará reside em avançar, com qualidade, no enfrentamento de problemas que interferem na qualidade da prestação jurisdicional. Não se trata de eleger essa ou aquela prioridade, mas sim, de trabalhar, a partir do Plano de Gestão e do envolvimento dos Magistrados e Servidores, no desenvolvimento qualitativo de nossa instituição. Vamos procurar conversar com todos os segmentos, inclusive o público através de pesquisas de opinião, e ouvir, com atenção, as observações e sugestões apresentadas e, na medida do possível, no espaço de tempo limitado de dois anos, incorporar de forma segura, novas propostas de administração. Estou secundada por uma equipe de técnicos que estão à disposição para fazer a ponte entre a administração, a sociedade e a Presidência. Essa é a meta prioritária: trabalhar com todos e fazer do conjunto de Magistrados e Servidores uma alavanca para a melhoria da prestação jurisdicional.

A.L – O que poderá ser feito para minimizar, quiçá resolver o problema relativo à superpopulação carcerária e a redução da criminalidade?

Desa. Nadja – No que respeita mais diretamente ao Judiciário, a realização de mutirões judiciais objetivam adequar a situação legal do preso às características própria do seu caso. Não se pode pensar, primitivamente, que manter o indivíduo afastado do

convívio possa trazer maior segurança social. Acredito que isto nem mesmo melhora a sensação de insegurança. A redução da criminalidade é questão complexa, mas, posso apontar, para a ressocialização como um caminho. Recentemente assinamos convênio com a SUSIPE para que internas em regime aberto e semiaberto executem serviços de digitalização e recuperação de acervo do arquivo documental do Judiciário. Dar uma oportunidade real a estas pessoas é parte importante para diminuir a criminalidade, bem como, o Judiciário do tempo presente está atento, quando possível, em aplicar a pena alternativa da liberdade.

A.L – Quais as ações traçadas para buscar o ‘perfeito’ entrosamento entre os Três Poderes?

Desa. Nadja – Fundamentalmente diálogo. Todos nós, Judiciário, Legislativo e Executivo, estamos voltados para a melhoria da qualidade de vida de nossa população. Assim, irmanados do mesmo objetivo, as conversas frequentes entre os Poderes visando a esse alinhamento de ações evita que forças sejam desperdiçadas sem os resultados pretendidos.

A.L – Que mensagem a Presidente do TJPA deixa para a sociedade paraense, principalmente para os Operadores do Direito?

Desa. Nadja – Precisamos trabalhar com compromisso e entusiasmo, na certeza de que os objetivos são alcançados pela determinação de quem acredita na evolução e no progresso, e que os obstáculos serão vencidos pela persistência de quem busca os melhores resultados. Estamos longe da prestação jurisdicional ideal, mas temos a firme convicção de que nada vence o trabalho e a firme vontade de acertar.

Conferência

Conferência Proferida no II Encontro Jurídico
ESM/TJPA
(Belém-PA/Outubro de 2012)

A Sombra de Roma no nosso Direito: quo vadis iustitiae?

Eduardo Vera-Cruz Pinto*

* Mestre e Doutor em Direito Romano, Professor Catedrático da Universidade Clássica de Lisboa.

Começo por agradecer a este Venerando Tribunal da Relação do Pará, na pessoa da sua Presidente desembargadora Raimunda Noronha o convite que me foi feito para proferir uma Palestra no II Encontro Jurídico do Tribunal de Justiça do Pará. Um cumprimento especial fica também para o Presidente da Academia Paraense de Letras Jurídicas Professor Clóvis Malcher Filho e para o meu colega e amigo Professor Dário Moura Vicente.

Em período de profunda crise da Universidade, o ensino jurídico feito em Escolas Superiores Universitárias, ao não saber inovar os planos curriculares dos seus cursos para obtenção de graus sem destruir as bases da aprendizagem jurídica, colocou em causa a possibilidade de se fazer boa justiça nos tribunais com magistrados titulados pelas academias. Os debates panfletários substituíram as controvérsias doutrinárias, as ladainhas narrativas, os Manuais e as ideologias judiciárias as sentenças.

Essa constatação não implica um juízo só negativo. Pelo contrário procura formular uma crítica que visa a melhorar os sistemas vigentes no ensino e na jurisprudência.

Começemos pelo ensino fundado na interpretação e comentário de leis, antes de aprender as regras jurídicas e as doutrinas jurisprudenciais que lhes estão subjacentes. Um ensino que, sem demora, passa logo para a resolução de hipóteses práticas através da aplicação das normas legais fechadas nos Códigos. Os alunos, com a ilusão de estarem já a participar do mundo judiciário, dão grande importância a este passo que consideram útil e motivador. Os docentes, normalmente também advogados e magistrados, estão no seu meio quando se recorre a um esgrimir de argumentos fundados na disposição legal visando a uma solução que o legislador impõe.

Só que esta forma tão difundida de ensino jurídico nada tem de jurídico, e muito menos de didáctico, no que respeita a uma adequada pedagogia universitária. Falta aos alunos cultura histórica, maturidade filosófica e conhecimento específico das regras de Direito, dos contextos em que surgiram, das condições que ditaram as actuais formulações, das exigências para delas se retirarem excepções, dos comentários que suscitaram ao longo do tempo, das soluções que determinaram e respectiva efectividade.

As Faculdades de Direito, transformadas em escolas profissionais pela exigência do Mercado e pela pressão de uma utilidade de ensino reconduzida às rotinas burocráticas das profissões jurídicas, não passam de escolas de leis onde se venera a Política e a Economia, e as bases de juridicidade das regras vigentes ficam esquecidas. O Direito é lei, e a justiça é remetida para o campo das utopias discursivas dos poucos professores jurisprudentes que ainda restam a dar aulas nas Universidades.

O *imperium* caracteriza a acção do jurista. A *auctoritas* é adulterada e integrada no poder do Direito-lei. É do poder que o jurista retira o seu prestígio social e profissional, seja no papel de legislador seja no de magistrado. A *auctoritas* do mestre que sobe ao estrado para ensinar o produto de uma sapiência construída nos conhecimentos que adquiriu e confronta com as realidades que o circundam pouco vale numa sociedade marcada pela pressa, pelo dinheiro, pela visibilidade comunicacional. Só o professor que acumula a docência com outra profissão jurídica (logo renuncia à docência plena, à entrega do seu tempo à investigação e ao ensino como magistério, professando de forma intensa em quotidianos preenchidos pela *prudencia iuris* sapiencial e pela pedagogia da aula) consegue chamar a atenção da comunidade para as suas ideias e soluções.

Em escolas de leis o espírito crítico dos alunos está circunscrito à agenda política do legislador, e a obediência ao comando legislativo é induzida disfarçada com pequenas querelas de linguagem (a que chama divergências doutrinárias), sem dimensão conceptual, institucional ou jurídica, no sentido de "preocupação pela justiça". A colonização norte-americana está por todo o lado com o rótulo da liberdade, da individualidade, da modernidade e é garantida por um corte radical com o passado, que já não se ensina, e pela desvalorização dos autores e das doutrinas que não seguem o "credo capitalista" e o "cânone americano".

Ora, uma das maiores imposturas nesta matéria é a ideia que - após vencermos os totalitarismos fascistas e comunistas e os regimes autoritários que proibiam o ensino do Direito Romano ou só permitiam o ensino conveniente da sua história, com censuras e recriminações oficiais aos programas de ensino da disciplina - o Direito Romano deve ser ensinado tomando por base o sistema do *case law* britânico que colonizou o mundo de fala inglesa e tem pretensões de universalização através da globalização. Nada de mais falso: o sistema britânico nada tem a ver com o Direito Romano.

Por mais de uma vez tive que fazer a demonstração da distância entre os dois sistemas e do aproveitamento feito de segmentos conceptuais, institucionais e normativos do *ius Romanum*, de forma descontextualizada e atemporal pela propaganda jurídica britânica e norte-americana para conseguir essa ligação fundacional e orgânica. Da mesma forma, porque oriundo dos mesmos contextos políticos e filosóficos, o sistema continental dos códigos traiu as suas raízes romanas e mergulhou na fatalidade legalista que caracterizou a ditadura imperial em Roma.

Logo, sem tempo para visitar as bases do constitucionalismo liberal dos filhos dos colonizadores europeus na América do Norte que se separaram da metrópole; nem dos revolucionários franceses que iniciaram a codificação (aliás, aliados dos independentistas norte-americanos contra as monarquias imperiais da Santa Aliança); nem mesmo da reacção germânica pelo lado da Escola Histórica do Direito, fico pela constatação de um corte radical do direito actual com o *derectum-ius* da *iusprudentia* romana e com as regras fundamentais da República romana, na exigência das magistraturas e do *ius civile* lembrado por Catão.

O exagero proclamatório dos revolucionários codificadores no que respeita à imitação de Roma mostra bem a traição revolucionária aos ideais republicanos de Roma que separavam o *derectum-ius* (justo) da lei-

força dos governantes (*lex*). Como bem notou Simão Bolívar a república romana seria uma das principais fontes inspiradoras de uma real descolonização das Américas. Não era isso que pensavam os “pais da independência” dos EUA, nem os jacobinos franceses, nem os seguidores de D. Pedro I do Brasil.

Não queriam uma república, mesmo que governada por um imperador, onde o Direito, como instrumento da justiça, não fosse controlado por eles e, nisso, investiram toda a retórica política e recorreram a todos os ardis da história de Roma, endeusando César na versão de Tácito e o Império na visão de Cipiano. O seu conceito de Justiça é só liberalismo económico, individualismo pentecostal e uma estranha ideia de liberdade política (SANDEL, 2012).

Assistiu-se, na fase constitucionalista e codificadora que ainda nos rege, a um renascimento da Roma do Principado, na sua fase imperial e decadente, de profunda crise do Direito construído pelos jurisprudentes. Um renascimento selectivo e oportunista, pois limitado aos interesses políticos daqueles que o promoviam em seu próprio benefício. Um “neo-renascimento romanístico” por uma elite sem cultura suficiente para o fazer. No fundo um renascimento sem renascentistas.

Ficou, assim, gorada a expectativa daqueles que combateram os regimes absolutistas - e que sonharam com as independências - em nome da justiça e da igualdade. Os novos Estados suspenderam o direito e a justiça, em nome da política e da economia, com fundamentos teológicos e imperiais. O prometido Direito Romano e a refundação republicana da política não passaram de um recurso discursivo das Revoluções que instalaram regimes diferentes nas formas institucionais mas iguais nos conteúdos normativos. A hiperbolização da ruptura ocorrida com as Constituições norte-americana de 1789 e francesa de 1791 destinava-se apenas a ocultar as intensas e extensas linhas de continuidade com a situação anterior.

Roma, na fase imperial, passou a ser inspiração dos americanos para um novo império construído com o argumento da legítima defesa preventiva; Júlio César servia para os desvios presidencialistas e para o culto da personalidade do chefe na república federativa; as querelas políticas e as guerras romanas para os programas universitários e os argumentos de Hollywood; assim como o cesarismo estivera antes para o papismo, o kaiserismo e o czarismo e o que aí viesse....

Os partidos políticos romanos da fase mais crítica da república (*Humilliores* e *Honestiores*) a desculpa para manter um bipartidarismo imposto pelo sistema eleitoral; o prestígio senatorial fundado no *cursus honorum* para instituir regimes aristocráticos sem aristocratas.

Tudo se mantém igual, com as estruturas de poder nas mesmas mãos, enquanto se mantiver a crença de que este é o sistema que garante a liberdade e o “Estado de Direito” como, aliás, comprova a sua filiação no “melhor da tradição romana”. Nisso investem os sucessivos governos dos EUA e as organizações por eles apoiadas: a doutrina deve ensinar isto e difundir em todo o lado que os romanos haviam de avaliar o sistema constitucional actual. Sobretudo o norte-americano por ser o que “mais se aproxima” de Roma.

A força destas *ideias* (sem ideais) está, no entanto, mais no forte investimento que é feito em bolsas de estudo para estudantes rumarem às universidades em terras do tio Sam e na captação de professores e formadores de opinião para congressos e conferências financiadas por fundos dos EUA, que na sua possível veracidade fundada em fontes reconhecidas. Aliás, o reconhecimento da sua fragilidade pelos seus defensores é que os impede de as discutir em confronto aberto com contraditório garantido pela igualdade de armas.

Assim, este sistema constitucional-codificador de matriz francesa ou casuístico fundado no precedente de matriz britânica afunila o Direito aolimitá-lo às expressões

legislativa e das sentenças dos tribunais, engessando a justiça e esmagando a criação jurisprudencial sapiencial e, assim, a possibilidade de manter o direito fora da política em actualização constante das suas regras pela necessidade da sua palicação aos conflitos que tem de resolver.

Estas considerações dispersas destinam-se apenas a ilustrar sem rigor ou seqüência o mau uso da expressão *Direito Romano* nas tentativas de legitimação de um sistema globalizado de *case law*, sonhado pelos “donos do mundo” como um direito anglo-saxónico vulgar, próximo do Direito Romano Vulgar com pretensões a um *ius Commune* de matriz erudita e universitária. Lembramos aqui a criação jurisprudencial do *ius Romanum*, contra tais projectos, recordando as origens, as motivações e as finalidades de um Direito anglo-saxónico que surge com a ascensão capitalista, a exploração imperial e o protestantismo e que, com singular capacidade de adaptação, mantém-se fiel a essa raiz identitária.

Da mesma forma rejeitamos qualquer proximidade do direito legalista continental de matriz napoleónica e autoritária com o *ius Romanum* de criação jurisprudencial. Burocratizado e envelhecido nas teias codificadoras dos direitos positivos dos países latinos - e por herança colonial nos países da América e da África latinas - representam um fantasma legalista que busca numa raiz romana que reivindica, mas não respeita, o perfume de uma legitimidade há muito perdida.

Estamos, por isso, numa encruzilhada de caminhos aberta pela crise civilizacional e financeira que constituiu uma oportunidade única para pensar um modelo de criação do Direito que o reaproxime da Justiça pela aplicação de um método jurisprudencial autêntico no ensino e nos tribunais. Uma oportunidade a que os professores de Direito devem responder com coragem, abertura e inovação, recolocando as Universidades onde ensinam nos lugares de cultura, de diálogo e de previsão que a sua missão impõe.

O poder judiciário brasileiro tem respondido, a par das suas universidades, a este apelo inovador da comunidade “faminta de Justiça”. Muitas das suas intervenções jurisprudenciais, no lado do Judiciário e doutrinárias, no lado universitário, são arrojadas, arriscadas e, porque não dizê-lo, temerárias, com desvios extra-jurídicos inevitáveis e mergulhos demagógicos a evitar. Mas, apesar disso, trata-se de um caminho necessário que tem de ser trilhado com todos os riscos que comporta, para romper com o espartilho legal de uma elite política em estado de negação; em crise de legitimidade; e em fuga da responsabilidade.

Se me é permitido opinar apresento as regras do *ius Romanum*; a criação de normas pela via jurisprudencial; o *cursus honorum* na escolha dos titulares de cargos públicos e das magistraturas – como elementos a ponderar na intervenção de juizes e de professores de direito nas grandes questões discutidas actualmente pelas nossas comunidades e a requerer soluções novas com fundamentos sólidos e jurídicos.

É hora de terminar. A sombra de Roma, sejam quais forem os esforços dos estrangeirados, permanecerá sobre o sentir jurídico luso-afro-brasileiro que busca, de modo criativo no direito (o jurídico é do mundo da criação; não da repetição), a solução justa. Mas não basta encontrar *esse* Direito. É preciso atravessá-lo, numa experiência permanente de reconstrução jurisprudencial da nossa realidade legalística.

Temos assim propostas próprias e motivações suficientes para estar optimistas quanto à resposta a dar à pergunta: *quo vadis iustitiae?*

REFERÊNCIA

SANDEL, Michael J. *Justiça: Fazemos o que devemos?* Lisboa: Presença, 2012.





Conferência

Conferência Proferida no II Encontro Jurídico
ESM/TJPA
(Belém-PA/Outubro de 2012)

O Direito Comum de Língua Portuguesa

Dário Moura Vicente *

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1

Poderá falar-se, com propriedade, de um *Direito comum* aos países e territórios de língua portuguesa?

A questão tem despertado, ao longo dos últimos anos, a atenção dos comparatistas, ainda que estes nem sempre hajam chegado a conclusões convergentes a seu respeito¹.

Um breve relance pelos sistemas jurídicos dos Estados membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, bem como pelos de Goa e de Macau, revela-nos que estes preservam importantes traços de união entre si, que permitem configurá-los como um grupo dotado de certa autonomia.

Esta circunstância decorre, desde logo, de os ligar a uma História comum, caracterizada não apenas pela vigência neles do mesmo Direito durante largo período de tempo, mas também pela receção material do Direito português operada após a respetiva independência ou a sua integração noutros Estados soberanos.

¹ Vejam-se sobre o tema, entre outros, Manuel Malheiros; Marliese Reinert-Schoerer (1994, p. 99 ss.); Antonio Marques dos Santos (2004a, p. 579 ss.); Antonio Menezes Cordeiro (2010, p.17 ss.); e Dário Moura Vicente (2010, v. 1, p. 401 ss.).

Foi o que sucedeu, por exemplo, no Brasil, onde a Lei de 20 de outubro de 1823 estabeleceu que as Ordenações e demais leis promulgadas pelos reis de Portugal, pelas quais o Brasil se governara até que se erigiu em Império, se manteriam em vigor na parte em que não tivessem sido revogadas ou não fossem alteradas, enquanto se não organizasse um novo código.

Em virtude desta disposição legal, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor no Brasil, em matéria civil, até 1 de janeiro de 1917, data em que começou a aplicar-se o novo Código Civil, cujo art. 1807 as revogou no tocante às questões por ele reguladas.

Mas também este diploma legal, não obstante os traços de originalidade que o caracterizavam, preservou em múltiplos aspetos a tradição jurídica portuguesa – segundo alguns, mais fielmente até do que o Código Civil português de 1867². A razão de ser deste fenómeno, esclareceu-a Orlando Gomes, para quem ele seria atribuível principalmente a dois factores. Por um lado, Portugal encontrava-se, à época da adoção do Código Civil de 1867, mais permeável

² Neste sentido, Guilherme Braga da Cruz (1981, v. 2, p. 66 ss.); Sílvio Meira (1990, p. 174 ss.). Ver ainda, sobre o assunto, António Santos Justo (2009, p. 73 ss.).

à influência do reformismo jurídico francês e do pensamento individualista por ele veiculado, o qual viria a refletir-se fortemente naquele Código. Por outro, o Brasil não era ainda, nesse tempo, recetivo à influência das ideias francesas, as quais se revelavam inadaptadas à organização social e económica de tipo colonial que prevaleceu no país durante o Império e no início da República³.

A receção do Direito português dar-se-ia posteriormente também em outras antigas possessões ultramarinas portuguesas.

Foi o que sucedeu em Goa, Damão e Diu. Aí vigoram ainda, por força do *Goa, Daman and Diu Administration Act 1962*, as disposições do Código Civil português de 1867 respeitantes, designadamente, ao Direito da Família e das Sucessões⁴, assim como diversa legislação avulsa portuguesa sobre as mesmas matérias, incluindo a Lei do Divórcio de 1910⁵.

Tais disposições aplicam-se naqueles territórios, incorporados na União Indiana em 1961, não apenas aos cristãos nascidos durante o período da administração portuguesa e aos seus descendentes, mas também aos hindus, aos muçulmanos e a outros habitantes não cristãos, em todas as matérias não reguladas pelos respetivos códigos de usos e costumes. Desempenham, por isso, um importante papel na integração das diferentes comunidades religiosas que os habitam.

Também nos países africanos de expressão oficial portuguesa foi preservado, por força de disposições constitucionais transitórias, o Direito português

anterior à independência⁶. Foram, é certo, entretanto adotadas novas leis nesses países, algumas das quais alteraram significativamente o Direito anterior⁷. Mas em muitos casos essas leis inspiraram-se, pelo menos em parte, no Direito português e acompanharam a evolução deste. Assim sucedeu, por exemplo em Angola, com a lei sobre as cláusulas contratuais gerais, de 2002, e a lei sobre as sociedades comerciais, de 2004⁸; na Guiné-Bissau, com a lei da arbitragem voluntária, de 2000⁹; em Moçambique, com o Código Comercial de 2005¹⁰; e em Cabo Verde, com o Código de Processo Civil de 2010.

Em Macau, o Direito vigente filia-se também na tradição portuguesa, tendo a Lei Básica deste território mantido em vigor a legislação local após a transferência da respetiva administração para a República Popular da China, ocorrida em 1999¹¹. Deu-se assim cumprimento ao que ficara acordado na *Declaração Conjunta Luso-Chinesa*, de 1987, nos termos do qual

após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau não serão nela aplicados o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados os atuais sistemas social e económico, bem como a respetiva maneira de viver, durante cinquenta anos (PORTUGAL, 1987, p. 4308-4317).

6 Cfr., relativamente à Guiné-Bissau, o art. 1.º da Lei n.º 1/73, de 27 de setembro de 1973; quanto a São Tomé e Príncipe, o art. 158.º da Constituição de 1990; no tocante a Angola, o art. 165.º da Lei Constitucional de 1992; quanto a Cabo Verde, o art. 288.º da Constituição de 1992, e a respeito de Moçambique, o art. 305.º da Constituição de 2004.

7 Veja-se o levantamento feito por Helena Leitão (2009, p. 129-161). A legislação dos países em referência encontra-se disponível em Legis Palop (2009).

8 O texto pode ser confrontado em Carlos Feijó (2005). Ver ainda, sobre o mesmo diploma legal, Joaquim Marques de Oliveira (2011, v. 2).

9 Reproduzida em Emílio Kafft Kosta; Ricardo Borges (KOSTA; BORGES, 2005); e em Guiné-Bissau (2007).

10 Ver Eduardo Saturnino (MOÇAMBIQUE; SATURNINO, 2008).

11 Vide o art. 8 desse diploma legal, segundo o qual: "As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais atos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau" (CHINA, 1999).

3 Cfr. Orlando Gomes (1959, p. 335 ss.).

4 Pode ver-se uma tradução em língua inglesa e comentário dessas disposições em Dário Moura Vicente e outros (2008).

5 Cfr., sobre a situação do Direito português em Goa, Damão e Diu (SARDESAI, 1982); Dirk Otto (1994, p. 124 ss.); Carmo D'Souza (1994-1995, v.2, p. 253 ss., 1999, p. 275-286; 2009, p. 2 ss.); Manohar Sinai Usgãocar (1998, p. 19 ff.; 2001, v. 1, p. 1 ss.); F. E. Noronha (2008, p. 95 ss, 111 ss.); e Ave Cleto Afonso (2009).

Na legislação de matriz portuguesa atualmente em vigor incluem-se o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Processo Penal, adotados entre 1995 e 1999, através dos quais se procurou modernizar o Direito vigente e adaptá-lo à realidade local¹².

Em Timor-Leste, o Direito português cessou a sua vigência de facto aquando da ocupação deste antigo território português pela Indonésia, verificada entre 1975 e 1999, a qual determinou a aplicabilidade, durante esse período, das leis indonésias¹³. Mas o novo Direito deste país, em formação desde a independência, reflete também a cultura jurídica portuguesa – bem patente, por exemplo, na Constituição de 2002 e no Código Civil de 2011.

2

Dos referidos fenómenos resultou a vigência nestes sistemas jurídicos de um significativo acervo de fontes legais comuns.

Está neste caso o Código Civil português de 1966, que é ainda hoje aplicável nos países africanos de língua oficial portuguesa, exceto em matéria de Direito da Família. O mesmo Código serviu de base às atuais codificações civis de Macau e Timor. A denominada *Constituição Civil* destes países e territórios é, pois, fundamentalmente a mesma.

No Brasil, o Código Civil de 2002 recebeu também do Código português importantes elementos de inspiração¹⁴. Foi o que sucedeu, por exemplo, em matéria de tutela de direitos de personalidade, de negócio jurídico e de representação, figuras que o Código de 1916 não disciplinava autonomamente.

12 Cfr. Teresa Vieira da Silva; Carlos Dias (SILVA; DIAS, 1999); Luís Miguel Urbano (1999, p. 7-54); Alexandre Dias Pereira (2004); Rute Saraiva (2006, v. 2, p. 707-810); José de Oliveira Ascensão (2012?); AAVV, Repertório do Direito de Macau (GARCIA, 2007).

13 Ver Paulo Otero (2000, p. 37 ss.); António Marques dos Santos (2004b, p. 595 ss); e Florbela Pires (2005, v. 2, p. 101-172).

14 Cfr. A. Santos Justo (2003, p. 1 ss.); Francisco Amaral (2006, v. 2, p. 43 ss.); e Judith Martins-Costa (2008, p. 107-128).

Outro tanto pode dizer-se da boa fé, acolhida no Código como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos e como regra de conduta dos contraentes, da proscricção do abuso de direito e da inserção do enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações.

Importa notar, a este respeito, que também o Direito português se tem mostrado permeável à influência brasileira. Esta pode ser detetada, por exemplo, no Anteprojeto de Código do Consumidor¹⁵, que é tributário de várias soluções consignadas no Código brasileiro de Defesa do Consumidor – a vários títulos pioneiro –, desde a opção pela codificação até à consagração nela de um «sistema nacional de defesa do consumidor».

No Direito Público, destaca-se a este propósito a afinidade entre a Constituição portuguesa e as de vários países africanos de língua portuguesa e de Timor-Leste – patente, designadamente, na consagração do princípio republicano, com a eleição direta do Chefe de Estado, do princípio do Estado unitário, com a rejeição do federalismo, e do princípio do Estado social, com a atribuição de um relevante papel ao Estado na organização social e económica¹⁶. Iguamente significativo é o acolhimento dado em alguns países lusófonos ao sistema de Governo semipresidencialista, posto que o mesmo assumia neles diferentes cambiantes¹⁷. Não menos relevantes são as semelhanças entre os regimes constitucionais desses países em matéria de atos legislativos, particularmente em virtude do papel central por eles conferido ao Governo nesta matéria¹⁸.

Estas manifestações de uma cultura jurídica comum a Portugal, ao Brasil, aos países africanos de língua oficial portuguesa, a Macau e a Timor-Leste revelam, a nosso ver, não apenas a adoção pelos respetivos

15 Cfr. Comissão do Código do Consumidor (PORTUGAL, 2006).

16 Cfr. Jorge Bacelar Gouveia (2006a, p. 19).

17 Ver Carlos Blanco de Moraes (1998, p. 61 s.); Carlos Feijó (2002, p. 27-66); e Jorge Bacelar Gouveia (2006b, p. 139 s.).

18 Cfr. José de Melo Alexandrino (2011, p. 95 ss).

sistemas jurídicos da mesma técnica jurídica, mas também a sua adesão a valores idênticos. Princípios como a igualdade entre os cônjuges, a autonomia privada e a boa fé, que são o esteio do sistema jurídico português, encontraram acolhimento na Constituição e na lei ordinária dos referidos países e territórios. Porventura mais significativa ainda é a relevância que nesses sistemas jurídicos assume o valor da *tolerância*. Já em 1928 Pontes de Miranda salientava “a tolerância, a affectividade, cercadas, porém, de sugestões patriarcais e capitalistas”, como características distintivas do Direito brasileiro¹⁹. Hoje constitui um traço comum a vários sistemas jurídicos lusófonos a amplitude com que neles se acolhem, em condições de igualdade, os cidadãos estrangeiros²⁰ e o relevo por eles dado à liberdade religiosa²¹. Numa época em que alguns proclamam como inexorável o *conflito de civilizações*²², os países e territórios de língua e cultura portuguesa demonstram ser possível a convivência pacífica, no mesmo espaço físico e social, de pessoas das mais diversas nacionalidades, etnias e religiões.

Igualmente relevante é o facto de os juristas formados nesses sistemas partilharem hoje, em larga medida, os mesmos quadros mentais. Em virtude da comunhão de fontes, de conceitos e de referências axiológicas existente entre estes sistemas jurídicos, e também graças à cooperação nos domínios da produção legislativa, do ensino universitário do Direito e da formação dos magistrados, é hoje

¹⁹ Cfr. Francisco Pontes de Miranda (1928, p. 487).

²⁰ De que é exemplo o singular estatuto de igualdade entre portugueses e brasileiros atualmente consagrado nos arts. 12.º e seguintes do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, assinado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000 (BRASIL, 2000, p. 7172-7187).

²¹ Cfr., por exemplo, no Brasil, o art. 5.º, incisos VI a VIII, da Constituição de 1988; em Macau, a Lei da Liberdade de Religião e de Culto, n.º 5/98, de 3 de agosto; e em Portugal, a Lei da Liberdade Religiosa, n.º 16/2001, de 22 de junho, alterada por último pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (cujo art. 7.º, com a epígrafe “princípio da tolerância”, declara expressamente: “Os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outra ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma”).

²² Ver Samuel Huntington (2001).

manifesta a facilidade de comunicação entre os juristas oriundos dos países e territórios de língua portuguesa. Dela dá expressivo testemunho a citação frequente de autores lusófonos pela doutrina destes países e territórios. Também nesta medida se pode falar, a propósito deles, de uma *cultura jurídica comum*.

3

Não pode, decerto, ignorar-se que a integração dos países e territórios de língua portuguesa em novos espaços político-económicos tem conduzido, em alguns domínios, a uma certa diferenciação dos respetivos sistemas jurídicos.

Foi o que sucedeu: *a)* Em Portugal, em virtude da integração na União Europeia (pese embora o interesse que os atos de Direito Comunitário têm suscitado nos demais países de língua oficial portuguesa e a repercussão que têm tido nos Direitos locais); *b)* No Brasil, com a integração no Mercosul; *c)* Nos países africanos de língua oficial portuguesa, devido à integração na Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), de que são membros Cabo Verde e a Guiné-Bissau, na Organização Para a Unificação do Direito dos Negócios em África (OHADA), cujos atos uniformes são hoje diretamente aplicáveis em dezasseis países deste continente, incluindo a Guiné-Bissau²³, na União Económica e Monetária Oeste-Africana (UEMOA), de que é também parte a Guiné-Bissau, e na Comunidade de Desenvolvimento do África Austral (SADC), a que pertencem Angola e Moçambique; *d)* Em Goa, em consequência da integração na República da Índia, posto que como Estado dotado de autonomia legislativa; e *e)* Em Macau, através da sua integração na República Popular da China como Região Administrativa Especial.

²³ Ver M. Januário da Costa Gomes; Rui Ataíde (GOMES; ATAÍDE, 2008). Acerca do Direito da OHADA, vejam-se Tiago Soares da Fonseca (2002); A INTEGRAÇÃO regional e a uniformização do Direito dos Negócios em África (2004, n. 6 e 7); e Salvatore Mancuso (2012).

Um exemplo elucidativo do impacto dos fenómenos de integração regional sobre os sistemas jurídicos dos países de língua portuguesa é-nos dado pelo Direito Internacional Privado. A matriz do regime dos conflitos de leis em Portugal, nos países africanos de língua portuguesa, em Macau e em Timor-Leste é constituída pelas disposições constantes dos artigos 14.º a 65.º do Código Civil português. Estas acham-se, contudo, parcialmente derrogadas em Portugal por regras de Direito da União Europeia, entre as quais avultam as constantes dos Regulamentos de “Roma I” (Regulamento n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais), “Roma II” (Regulamento n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais) e “Roma III” (Regulamento n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial). Eis por que o Direito Internacional Privado português apresenta hoje um *cunho europeu*, que o distingue dos sistemas de conflitos dos demais países de língua portuguesa.

Em alguns casos, os sistemas jurídicos em apreço assumem, por força das influências externas a que foram sujeitos, um caráter híbrido ou misto.

É o que sucede com o Direito de Goa, Damão e Diu. As disposições do Código Civil português de 1867, que como dissemos ainda vigoram nesses territórios do antigo Estado Português da Índia, coexistem neles com outras, de inspiração anglo-saxónica, cuja aplicabilidade resulta da extensão aos mesmos do Direito vigente na República da Índia²⁴. Lentamente, porém, a técnica legislativa inglesa, aí adotada, tem-se alargado em Goa, Damão e Diu à regulação das matérias em que persiste,

24 Está neste caso, por exemplo, o *Indian Contract Act 1872*. Ver, para um confronto deste com o regime do Código Civil português, Luís Menezes Leitão (2009, p. 171 ss).

quanto às soluções de fundo, a tradição portuguesa²⁵.

A convergência entre os sistemas jurídicos de *Civil* e *Common Law* deu-se também no Brasil, posto que de forma mais mitigada, aí se tendo manifestado sobretudo no Direito Constitucional.

A Constituição brasileira de 1891 consagrou, com efeito, o modelo constitucional norte-americano, reconhecível, designadamente, no modelo federal do Estado, então adotado, no acolhimento do sistema de governo presidencialista e no papel atribuído ao poder judiciário, que passou a ter no seu vértice um Supremo Tribunal Federal dotado de poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis²⁶. Este esquema constitucional passou, bem que atenuado, para as constituições brasileiras posteriores²⁷. Mas a influência norte-americana não se cingiu à conformação dos poderes constituídos: à época da referida Constituição, o *Common Law* e a *Equity* valiam como Direito subsidiário nos casos submetidos aos tribunais federais brasileiros²⁸.

Mais recentemente, a influência dos sistemas de *Common Law* tem-se feito sentir também em Macau. A título de exemplo, refira-se a este respeito a consagração, nos arts. 928 e seguintes do Código Comercial desta Região Administrativa Especial da República Popular da China, da figura do *floating charge* (denominada nesse diploma «garantia flutuante»), característica daqueles sistemas.

Noutros casos, a diferenciação entre os sistemas jurídicos lusófonos decorre do papel desempenhado pelo Direito consuetudinário. Este é particularmente

25 Veja-se, por exemplo, o *The Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Bill, 2008*, que em larga medida conserva, na regulação das matérias que tem por objeto, o regime do Código de 1867.

26 Cfr. Ana Lúcia de Lyra Tavares (2009, p. 70).

27 Neste sentido, Jorge Miranda (2009, t.1, p. 206).

28 Cfr. o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal brasileira, o qual estabeleceu no art. 386: “Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal” (BRASIL, 1890, v.10, p. 2744).

relevante nos países africanos de língua oficial portuguesa e em Timor-Leste, cujas Constituições reconhecem expressamente eficácia normativa ao costume, ainda que com subordinação aos princípios constitucionais: haja vista, por exemplo, aos arts. 7.º da Constituição de Angola, 4.º da Constituição moçambicana e 2.º, n.º 4, da Constituição de Timor-Leste. A *efetividade* do Direito de fonte legal é, em consequência daquele fenómeno, menor nesses países do que em Portugal e no Brasil, sobretudo nos meios rurais²⁹.

No sentido de uma diferenciação concorre também a circunstância de vários destes países se encontrarem em estádios muito diferentes de desenvolvimento económico e social, o que tem consequências inevitáveis, *v.g.*, no regime jurídico da atividade comercial e da proteção do consumidor.

Igualmente significativo é, neste contexto, a circunstância de certas conceções políticas europeias – como as que se prendem com o papel reservado ao Chefe de Estado – se revelarem não raro inadequadas à cultura e às tradições desses países, o que se reflete de igual modo numa diferente conformação dos poderes públicos. A isso não será alheia, por exemplo, a reforma constitucional angolana de 2010³⁰.

4

Não obstante estes factores de diferenciação, os sistemas jurídicos dos países e territórios de língua portuguesa formam hoje, como tem sido amplamente reconhecido, um grupo distinto no seio da família jurídica romano-germânica³¹.

²⁹ Sobre o tema, veja-se o nosso estudo (VICENTE, 2007, p. 317 ss.). No sentido do texto, cfr. também Luís de Lima Pinheiro (1994, p. 122).

³⁰ Sobre a qual pode ver-se Jorge Miranda (2010, p. 9 ss).

³¹ Grupo esse que alguns autores designam por *família jurídica lusitana*: cfr. Erik Jayme (1982, p. 262 ss.; 2005, p. 1411 ss.); e Carl Friedrich Nordmeier (2008, p.16 ss).

Esse grupo pode, quanto a nós, ser apropriadamente caracterizado como uma *comunidade jurídica*, i.é, um conjunto de sistemas jurídicos que consagram, na disciplina dos mesmos problemas sociais, regras, conceitos e valores em larga medida idênticos.

Esta comunhão de soluções para os mesmos problemas jurídicos reflete os intensos laços históricos, culturais e sociais existentes entre os países e territórios de língua portuguesa³². Ela não afeta, todavia, a adesão desses sistemas jurídicos à *ideia de Direito* que caracteriza a família jurídica romano-germânica e, por conseguinte, a sua pertença a esta.

A tendência atual é claramente no sentido do reforço desses laços e, concomitantemente, dos traços comuns aos sistemas em presença. Entre os fatores que mais significativamente têm concorrido para isso destaca-se a paulatina formação, por via do ensino universitário e da investigação, de uma doutrina própria sobre os Direitos dos países e territórios de língua portuguesa. Tal a razão por que hoje cabe às Universidades um papel fundamental na consolidação do *Direito Comum de Língua Portuguesa*.

REFERÊNCIAS

A INTEGRAÇÃO regional e a uniformização do direito dos negócios em África. *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, Guiné-Bissau, n. 6, 191 p. jun., 2004. + Suplemento, n. 7, dez. 2004.

AFONSO, Ave Cleto. *The Portuguese law of Goa: succession and inventory*. Panjim, Goa: Broadway Book Centre of Panjim, 2009. Título em português: O Direito Português de Goa: sucessão e Inventário.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Elementos de direito público lusófono*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 328 p.

AMARAL, Francisco. A parte geral do novo Código Civil brasileiro: influência do Código Civil português. In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Faculdade de Direito

³² Comunhão essa também salientada por José de Oliveira Ascensão (1994, p. 222).

(Org.). **Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra, 2006. v. 2: A parte geral do código e a teoria geral do direito civil. p. 43 ss.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A legislação de Macau no termo da administração portuguesa**. [S.l.: s.n., 2012?]. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/ICJ>>.

_____. No encerramento das I Jornadas de direito civil luso-moçambicanas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 35, p. 221 s., 1994.

_____. O Anteprojeto do código do consumidor e a publicidade. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). **Estudos do Instituto de Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2006. v. 3, p. 7 ss.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. In: _____. **Coleção de Leis do Brasil**. [S.l.: s.n.], 1890. v. 10, p. 2744.

BRASIL. **Tratados, etc. Portugal**, 2000 abr. 22. Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa: feito em Porto Seguro, aos 22 dias do mês de abril de 2000, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº 83/2000, de 28 de Setembro de 2000. **Diário da República**, Lisboa, n. 287, 14 dez. 2000. Série 1 A, p. 7172-7187.

CHINA. **Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China**: adoptada em 31 de marco de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China = **The basic law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China**: adopted by the Eighth Nation People's Congress at its First Session on 31 march 1993. Aomen: Aomen ji jin hui, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. O sistema lusófono de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 70, n. 1/4, p. 1-42, jul./dez. 2010.

CRUZ, Guilherme Braga da. Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. In: _____. **Obras esparsas**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981. v. 2: Estudos de história do direito e direito moderno (1ª parte). p. 25-75.

D'SOUZA, Carmo. **Legal system in Goa**. Panjim, Goa: New Age Printers, [1994-1995]. v. 2: Laws and legal trends (1510-1969).

_____. Civil law studies: an Indian perspective. In: D'SOUZA, Anthony ; D'SOUZA, Carmo (Eds.). **Civil law studies: an Indian perspective**. Newcastle Upon Tyne: Cambridge Scholars Pub., 2009. xi, 317 p. p. 2 ss.

D'SOUZA, Carmo. Evolução do direito português em Goa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. 40, n. 1/2, p. 275-286. 1999.

FEIJÓ, Carlos Maria. **O Novo direito da economia de Angola: legislação básica**. Coimbra: Almedina, 2005. 566 p.

_____. O Semi-Presidencialismo em África e, em especial, nos PALOP. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Agostinho Neto**, Luanda, v. 2, p. 27-66, 2002.

FONSECA, Tiago Soares da. **O Tratado da Ohada: contexto, história, finalidade, âmbito de aplicação, organização e actos uniformes**. Lisboa: Lex, 2002. 63 p.

GARCIA, Augusto Teixeira. **Repertório do direito de Macau**. Macau: Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007. 770 p.

GOMES, Manuel Januário da Costa; ATAÍDE, Rui (Coord.). **Ohada: tratado, regulamentos e actos uniformes**. Coimbra: Almedina, 2008. 698 p.

GOMES, Orlando. Historical and sociological roots of the Brazilian Civil Code. **Inter-American Law Review**, New Orleans, v. 1, n. 1, p. 331-358, jul./dec. 1959.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos estados de língua portuguesa**. 2, ed. Coimbra: Almedina, 2006a. 539 p.

_____. Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma. **Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Lisboa, n. 1, p. 119-141, 2006b. Edição especial "30 anos da Constituição Portuguesa 1976-2006".

GUINÉ-BISSAU. **Código civil (com anotações) e legislação complementar**. 2. ed. Lisboa: Faculdade de Direito de Bissau. Centro de Estudos e Apoio às Reformas Legislativas, 2007. 390 p.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque das civilizações e a mudança na ordem mundial**. Tradução portuguesa de Henrique M. Lajes Ribeiro. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2001. 417 p. Título original: *The clash of civilizations and change in World order*.

JAYME, Erik. Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts. In: Graveson, Ronald Harry [et al.]. **Festschrift für Imre Zajtay = Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay**. Tübingen: Mohr, 1982. p. 262 ss.

_____. Das Familienrecht von São Tomé und Príncipe: zu den Konstante der Lusitanischen Rechtsfamilie. In : HOFER, Sibylle; KLIPPEL, Diethelm; UTE, Walter (Org.). **Perspektiven des Familienrechts : festschrift für Dieter Schwab**. Bielefeld : E. Und W. Giesecking, 2005, .p.1411 ss.

JUSTO, A. Santos. O Direito luso-brasileiro: codificação civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 79, p. 1 ss., 2003.

_____. A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas). *Revista da Ordem dos Advogados*, Coimbra, v. 69, n. 1/2, p. 73 ss., jan./jun. 2009.

KOSTA, Emílio Kafft ; BORGES, Ricardo. *Legislação económica da Guiné-Bissau*. Coimbra: Almedina, 2005. 410 p.

LEGIS PALOP. Lisboa: [S.n], 2009. Projecto de Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários financiado pela Comissão Europeia e co-financiado pelo Governo da República Portuguesa. Disponível em: < <http://www.legis-palop.org>. >.

LEITÃO, Helena. O Código Civil Português de 1966 nos PALOP e as tendências de reforma. *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Lisboa, n.esp. (Código Civil Português, evolução e perspectivas actuais), p.129-161, 2008.

LEITÃO, Luís Menezes. The Formation of contracts: a comparison between the Indian Contract Act of 1872 and the Portuguese Civil Code of 1966. In: D'SOUZA, Anthony; D'SOUZA, Carmo (Ed.). *Civil law studies: an indian perspective*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2009. p. 171 ss.

MALHEIROS, Manuel; REINERT-SCHOERER, Marliese. Die Entkolonialisierung und die Verbreitung der portugiesischen Rechtskultur. In: JAYME, Erik (Org.). 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage: seminar in Heidelberg*, 20-21.11.1992. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlag, 1994, p. 99 ss.

MANCUSO, Salvatore. *Direito comercial africano: Ohada*. Coimbra: Almedina, 2012. 640 p.

MARTINS-COSTA, Judith. A contribuição do Código Civil Português ao Código Civil Brasileiro e o abuso de direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Lisboa, n.esp., p.107-128, 2008.

MEIRA, Sílvio. Clóvis Beviláqua: Sua vida. Sua obra. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990. 457 p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928. 537 p.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de Angola de 2010. *Revista O Direito*, Coimbra, v. 142, n. 1, p. 9 ss., 2010.

_____. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. e actual.. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 426 p. Tomo 1: Preliminares: o estado e os sistemas constitucionais.

MOÇAMBIQUE; SATURNINO, Eduardo. *Colectânea de legislação comercial*. Maputo: Ministério da Justiça: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2008. 558 p. (Colectâneas de legislação;13).

MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojeto do código do consumidor. In: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2006. v. 3, p. 37 ss.

MORAIS, Carlos Blanco de. Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona. In: VARELA, João de Matos Antunes et al. (Org.). *Ab uno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*. Coimbra : Coimbra Editora, 1998. p. 55-72.

NORDMEIER, Carl Friedrich. *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. xxxi, 385 p.

NORONHA, F. E. *Understanding the common civil code: an introduction to civil law*. Nagpur, India: All India Reporter, 2008.

OLIVEIRA, Joaquim Marques de. *Manual de direito comercial angolano*. Luanda: Almedina, 2011. v. 2.

OTERO, Paulo. A Lei aplicável às relações jurídico-privadas envolvendo timorenses e constituídas em Timor-Leste entre 1975 e 1999. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Timor e o direito*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 37 ss.

OTTO, Dirk. Das Weiterleben des portugiesischen Rechts in Goa. In: JAYME, Erik (Org.). 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage: seminar in Heidelberg*, 20-21.11.1992. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlag, 1994. p. 124 ss.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Business law: a code study: the commercial code of Macau*. Coimbra: 2004. 134 p.

PINHEIRO, Luís de Lima. In: JAYME, Erik (Org.). 2. *Deutsch-Lusitanische Rechtstage: seminar in Heidelberg*, 20-21.11.1992. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlag, 1994. p. 122.

PIRES, Florbela. Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste: alguns problemas. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luis de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005. v. 2, p. 101-172.

PORTUGAL. Instituto do Consumidor. Comissão do Código do Consumidor. **Código do consumidor: anteprojecto**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006. 302 p.

PORTUGAL. Tratados, etc. China, 1987 abr. 13. Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau. Beijin, 1987. **Diário da República**, Lisboa, n. 286, 14 dez. 1987. Série 1, p. 4308-4317. Suplemento 3.

SANTOS, António Marques dos. As relações entre Portugal, a Europa e o mundo lusófono e as suas repercussões no plano jurídico. In: _____. **Estudos de direito internacional privado e de direito público**. Coimbra: Almedina, 2004a. p. 579 ss.

_____. O Sistema jurídico de Timor-Leste: evolução e perspectivas. In: SANTOS, António Marques dos. **Estudos de direito internacional privado e de direito público**. Coimbra: Almedina, 2004b. p. 595 ss.

SARAIVA, Rute. Ventos de Este, ventos de Oeste: a “questão de Macau” nas relações luso-chinesas. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Lisboa: Fac. de Direito da Univ. de Lisboa, 2006. v. 2. p. 707-810.

SARDESAI, Libia Lobo. (ed.). **Glimpses of family law of Goa, Daman and Diu**, [S.l.]: Seva Samiti, 1982. 94 p.

SILVA, Teresa Vieira da; DIAS, Carlos (Coord.). **Direito e justiça em Macau**. Macau : Gabinete Secretário Adjunto para a Justiça, 1999. 168 p.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Identidade do sistema jurídico brasileiro, recepções de direito e função do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, p. 59 ss., 2009.

URBANO, Luís Miguel. Breve nota justificativa. In: MACAU (China : Special Administrative Region). **Código civil: versão portuguesa**. [Macau]: Imprensa Oficial, 1999. p. 7-54.

USGÃO CAR, Manohar Sinai. Bird’s eye view of the portuguese civil code of 1867 and of the portuguese civil [procedure] code of 1939. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 58, p. 19 ff, 1998.

_____. Civil code as a source of civil rights. **Goa Law Times**, Panaji, Goa, India, v. 1, p.1 ss., jan. 2001.

VICENTE, Dário Moura. O Direito comum de língua portuguesa. In: ENCONTRO JURÍDICO, 2, 2012, Belém. **Reflexões sobre o direito: das origens ao Século XXI**. Belém: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, 2012.

VICENTE, Dário Moura (Org.). **O Direito da família e das sucessões no código civil português de 1867: uma perspectiva do Século XXI**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito (AAF DL), 2008. 747 p. Tradução de: Family and succession law in the portuguese civil code of 1867: a XXIst. Century approach.

VICENTE, Dário Moura. O Lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídica. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque: AAVV**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, v. 1. p. 401 ss.

_____. Unidade e diversidade nos atuais sistemas jurídicos africanos. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.). **Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 317 ss.





Artigos



Newton De Lucca
Habeas Mídia

Resumo

Trata-se de breve estudo em que se examina a criação do instituto do Habeas Mídia, discorrendo-se acerca de seu sentido e alcance. Aborda-se, ainda, a questão da liberdade de expressão, da proteção à intimidade, e do abuso do direito à informação. Avalia, por fim, os mecanismos de controle e a jurisprudência do STJ referente à matéria.

Palavras-chave

Habeas Mídia. Liberdade de expressão. Proteção à intimidade. Abuso do direito à informação.

Abstract

This paper is a brief study in which the creation of the Habeas Midia institute is examined, discoursing on its meaning and scope. It approaches the issues of freedom of expression, protection of privacy, and abuse of the right to information. Finally, it assesses the mechanisms of control and the jurisprudence of the Supreme Court of Justice related to this subject matter.

Key words

Habeas Midia. Freedom of expression. Protection of privacy. Abuse of the right to information.

Habeas Mídia

Habeas Midia

Em certa passagem do meu discurso de posse como Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, na qual me queixava do jornalismo trapeiro que assola o nosso meio, assinalei o seguinte:

Contra esse tipo de jornalismo, prossegurei firme no meu caminho, feito um cego teimoso, como haveria de dizer superiormente o grande Fernando Pessoa, defendendo irrestritamente a criação do *habeas midia*, de que nos fala o professor gaúcho Sérgio Borja, não apenas em favor dos magistrados que estão sendo injustamente atacados, é claro – como eu mesmo já fui, em passado ainda recente –, mas de todo o povo brasileiro, que se encontra à mercê de alguns bandoleiros que se alojaram sorrateiramente nos meandros de certos poderes midiáticos no Brasil e organizados por uma retórica hegemônica, de caráter indisfarçavelmente nazo-fascista [...]

Como já era de se esperar, os setores reacionários do País reagiram de forma imediata e contundente a tal declaração, atribuindo-me o desejo de instituir a censura prévia, a mordaca e outras estultices de igual jaez. Não tenho condições de avaliar se tais reações originaram-se da ignorância crassa que medra nos setores midiáticos ou se sua etiologia possa estar ligada à má-fé dos

Newton De Lucca*

* Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Titular pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região – biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

“bandoleiros de plantão”, como os costume designar, que graçam a mancheias nesses mesmos setores... Sei apenas que o festival de tolices que li e ouvi ultrapassou, efetivamente, os limites do inverossímil...

O meio acadêmico, porém, parece ter recebido muito bem a ideia e foram vários os convites que recebi para discorrer acerca do sentido e alcance desse instituto, que não guarda nenhuma similitude com censura prévia, mordaca à liberdade de imprensa e de expressão e quejandos.

Em singelo resumo, passo a expor as suas linhas mestras.

Constitui erro grosseiro, em primeiro lugar, só cabível na cabeça daqueles que gostam de criticar tudo aquilo que possa representar ameaça a seus próprios interesses, acoimar a ideia de inconstitucional. Poderia sê-lo, é verdade, se se imagina que a matéria seria regulada exclusivamente mediante a edição de uma lei ordinária ou mesmo complementar... Mas eu não afirmei isso em nenhum momento de minhas falas. Pelo contrário, tenho dito e repetido que a instituição do *habeas midia* no Brasil deveria dar-se mediante a aprovação de Emenda Constitucional --- se, por um arroubo de ingenuidade, se supusesse que as

oligarquias econômicas e políticas pudessem permitir tal avanço ---, formando-se o tripé da defesa contra as ilegalidades: *habeas corpus*, *habeas data* e *habeas mídia*...

Viram demais, portanto, aqueles que verberaram como "rematada inconstitucionalidade" a minha concepção do *habeas mídia*. Uma questão de *saper vedere*, como diria Leonardo...

A ideia que defende é, na verdade, muito simples... Trata-se, fundamentalmente, de uma previsão normativa de maior eficácia, no que se refere à proteção individual, coletiva ou difusa, tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas, que sofrerem ameaça ou lesão ao seu patrimônio jurídico indisponível, em razão de eventuais abusos cometidos pela mídia. Teria o cidadão brasileiro, desta forma, um remédio para proteger o seu patrimônio de honra, o que não ocorre nos dias de hoje. Exemplificando tais abusos, poderíamos citar uma notícia precipitada, inverídica, que ponha em risco a honorabilidade da pessoa, sem que a sua culpa esteja efetivamente comprovada.

A criação do *habeas mídia* já vem sendo estudada há bastante tempo, sendo as primeiras iniciativas datadas de 1988 com o Professor **Sérgio Borja**, do Rio Grande do Sul. A ideia se disseminou no país, entre outros professores, como, o Professor **Paulo Lopo Saraiva** (2006), do Rio Grande do Norte. É de sua autoria o livro intitulado "Constituição e Mídia", no qual ele discute e defende, com vigor deveras invulgar, o instituto de que se trata.

Os dois professores citados demonstram o que se deve repisar com toda ênfase: não se trata, nem mesmo remotamente, de se querer instituir algo nos moldes da censura prévia. Não é um limite à liberdade de imprensa. O que se deseja é que esta seja sempre ilimitada, desde que a responsabilidade de quem escreve matéria eventualmente danosa também seja ilimitada...

Sergio Borja afirma, de forma esclarecedora, que:

Queremos deixar bem claro que as funções institucionais do poder do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, autocontrolam-se

mutuamente através do mecanismo de freios e contrapesos (check and controls). No entanto não há mecanismo institucional disponível, com celeridade democrática, para efetuar o controle da imprensa pela cidadania e ela, a Imprensa, é hoje um Poder, indiscutivelmente, senão o maior entre os outros, o mais letal, nos efeitos que pode gerar com uma conduta antiética.

Reafirmamos que não estamos aqui para pregar a volta às trevas e ao regime autocrático da censura e da permissão concedida, nem estamos aqui para advogar o controle sectário de minorias extremadas que, exarcebando o estado de direito democrático, invadem plenários e propriedades, estamos aqui, isto sim, para advogarmos uma situação justa e perfeita e que atenda à Sociedade Civil como um todo.

Estamos cansados de viver hipocritamente engolindo a língua para não melindrar interesses, negando para nós mesmos, quando a opinião pública, à voz corrente, insinua insistentemente a origem e a ilegitimidade espúrias do poder de governadores e mesmo o de presidentes, que seriam, conforme estas vozes insistentes, urdidos nos bastidores deste invencível Quarto Poder. A maledicência das ruas grita tão forte que diz que existem partidos controlados pela imprensa, através de radialistas. *Vox populi, Vox Dei?*! Façam um programa do tipo: *Você Decide*, controlado pela Sociedade Civil, e logo teremos, estatisticamente, o número dos que acham ou não que certa Imprensa controla governos e deputados e inclusive adquire patrimônio público utilizando-se deste poder.

Por sua vez, o **Professor Paulo Lopo Saraiva** (2006) esclarece, no livro já mencionado, que a "*tradição social brasileira é infensa aos métodos de solidariedade e participação política*", afirmando mais adiante que:

"As nossas elites dirigentes, por cultura e vivência, são refratárias a qualquer tipo de controle popular, preferindo os esquemas de dominação, de afilhadismo e de nepotismo, que caracterizam a nossa história."

A mídia no Brasil, como é do conhecimento geral, está nas mãos de grandes grupos políticos e como afirma com muita propriedade o jornalista **Antônio Lemos Augusto**:

É preciso buscar alternativas para as concessões de rádio e de TV no Brasil. O que vigora até hoje

é um sistema político, que censura iniciativas populares e funciona como mera ferramenta para interesses eleitoreiros. Mas, sinceramente, não vejo possibilidades de mudanças. A democratização dos meios de comunicação ainda é um tabu. E, para manter o tabu, há uma gentil troca de favores: o Executivo lambe os sapatos dos que possuem a concessão. E os que possuem a concessão lambem os sapatos do Executivo. E o Judiciário e o Ministério Público Federal? Ah, eles têm outras preocupações mais urgentes [...]

Em vez de se falar em controle da mídia, o que se quer é o reconhecimento da plena responsabilidade dela pelos abusos que venha, eventualmente, a cometer. Seria, assim, um limite ao abuso. Tem-se o direito de se fazer o uso da informação, mas não o abuso dela. A diferença entre o uso e o abuso nem sempre é muito clara.

Tentaremos elucidar essa linha divisória com o seguinte exemplo, citado no livro “Verdades que melindram”, de autoria do Desembargador Francisco César Pinheiro Rodrigues (2012), do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Você é jornalista e está passeando quando vê um homem se afogando. Indaga-se: qual é o valor que deveria prevalecer? O direito de filmar um homem afogando, privilegiando a liberdade de imprensa, ou deixar a câmera de lado e salvar a vida do homem? As coisas não são tão simples quanto parecem. E é como a mídia está agindo de forma geral. É a imprensa marrom que age de forma cavilosa, diferentemente daquilo que se denomina jornalismo investigativo. É o caso, infelizmente, do fotógrafo, que presenciou o desespero e o salvamento de um menino, que se afogava em um reservatório, por sua mãe e, deixando o seu “instinto de fotógrafo falar mais alto”, registrou a cena e não ajudou a pobre costureira [...]

A liberdade de pensamento, consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 220, tem de existir para todos e não somente para a imprensa. É o que se denomina o controle social da mídia. Nenhum dos poderes pode se sobrepor ao poder da sociedade civil.

É o que está previsto na Carta Magna, a qual determina que todo poder, em princípio, emana do povo. Os controles sociais de todo e qualquer poder devem existir. Da mesma forma, devem existir também sobre a mídia, que é chamada de o 4º Poder e que a meu ver tem muito mais poder que qualquer outro dos poderes isoladamente considerados, como bem analisou o Professor Sergio Borja, em trecho acima citado.

É sempre importante sublinhar que nenhum direito é ilimitado na Constituição Federal. Nem o direito à vida é absoluto no Brasil. No período de guerra, por exemplo, existe a pena de morte. Impor um limite não significa censurar. No artigo 220 da Constituição Federal encontramos o princípio da absoluta liberdade de imprensa, mas com a ressalva, no seu parágrafo primeiro, de quando estiver em causa um bem maior. É o que se verifica da sua leitura:

Art.220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art.5º, IV (manifestação do pensamento), V(direito de resposta), X(intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas), XIII(livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão), XIV(sigilo profissional).

É uma pena que nem todos costumem ler os textos normativos até o ponto final, máxime quando a parte final da frase não lhes interessa. E muitos não gostam de ler essa parte final:

[...] observado o disposto no art.5º, IV (manifestação do pensamento), V(direito de resposta), X(intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas), XIII(livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão), XIV(sigilo profissional).

Deve-se, portanto, analisar caso a caso. Veja-se que, no confronto de dois valores fundamentais, temos

que verificar qual deles deverá prevalecer. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), chamado a julgar casos onde se discutia o direito à liberdade de informação, decidiu de forma diversa em seus acórdãos. Em dois casos decidiu que o mais importante é preservar o direito à liberdade de informação. Em outros dois acórdãos, ao revés, considerou que o mais importante é preservar o direito à intimidade do cidadão. E, a meu ver, julgou bem todos eles... Se fôssemos deixar que os casos fossem julgados por jornalistas e não por Ministros, escusava dizer que o resultado seria outro...

Vale ressaltar que, em caso julgado do STJ, a Ministra Nancy Andrighi, então relatora, bem analisou a questão afirmando que:

A lide que ora se apresenta tem, como pano de fundo, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados.

A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5º, IV, da CF), bem como a livre manifestação deste pensamento (art. 5º, IX, da CF) e o acesso à informação (art. 5º, XIV, da CF). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente.

No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhes sejam causados (art. 5º, X, da CF).

A solução deste conflito não se dá pela negação de quaisquer desses direitos. Ao contrário, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio onde os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo uma função harmonizadora.

A questão não é substancialmente diversa de tantas outras que se apresentam cotidianamente ao Poder Judiciário, mas merece ser vista com cautela, para que se esclareçam os limites da liberdade de expressão. Nessa busca por harmonização, é essencial o manejo correto das regras de responsabilidade civil, pois só elas podem indicar onde há abuso de liberdade e lesão injustamente causada a outrem.

Indaga-se, com frequência, se já não existiria um mecanismo para entrar com uma ação de danos morais causados por um jornalista trêfego que acusasse

indevidamente uma pessoa qualquer do povo ou um magistrado e a resposta é afirmativa. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, V, determina:

“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;”

Entretanto, dadas as condições de nosso sistema recursal – algo que não é culpa da Justiça, diga-se, uma vez que não é ela quem faz as leis – a demanda pode levar 10 anos ou mais. Após este período, a própria decisão que determina, por exemplo, a indenização, torna-se ineficaz. Aquele que foi prejudicado não se sentirá devidamente reparado pelo mal que foi causado.

Ressalte-se, ainda, que a reparação por determinada pecúnia não recoloca as coisas no seu estado original. Para exemplificar podemos citar o caso de uma mãe que teve a tristeza de ver a filha exposta na internet por seus colegas de classe que a atraíram para uma cena sexual. Orientada por seus advogados a mover uma ação milionária contra os que haviam ofendido a honra de sua filha, a mãe respondeu que não o faria, pois tal ação não reporia a honra maculada, além de piorar as coisas ao expor, ainda mais, a sua filha.

Essencialmente, no caso do habeas mídia, o bem jurídico relevante que se quer proteger é a honra. Há valores que precisam ser preservados de forma eficaz, não adiantando querer protegê-lo depois. Como naquela velha história, não podemos tentar recolher as penas do travesseiro que foi lançado ao vento...

Por mais que irrite a imprensa, lembremo-nos, **sempre**, do caso da “Escola Base” que foi execrada pela mídia como um antro de pedofilia. Ficou demonstrado, de forma inequívoca, o quanto pode ser letal uma informação não comprovada, que desperte uma atitude de suspicácia da população ao ler a notícia.

Aliás, é vergonhoso constatar que, passadas quase duas décadas deste episódio humilhante da imprensa brasileira e que destruiu de forma irremediável a vida de várias pessoas, algumas delas sequer receberam a indenização a que tem direito e que já foi determinada pelo Judiciário...

Vale esclarecer, também, que até mesmo os institutos jurídicos precisam ser repensados na época da internet. Nós temos de buscar mecanismos preventivos para impedir que ocorra o dano, pois quando se trata de difamação pela internet da honra de uma pessoa é praticamente impossível a sua devida reparação.

Por outro lado, vale ressaltar que a Lei nº 5.250, de 1967, alcunhada como “Lei da Imprensa”, foi considerada pela nossa mais alta Corte de Justiça, não recepcionada pela nossa Constituição Federal. Só que o direito de resposta nela estava contemplado, em seus artigos 29 a 36. Criou-se, assim, como bem afirmou o Ministro Gilmar Mendes, um vazio jurídico. Hoje, podemos afirmar, sem citar nomes, que há jornalistas, radialistas famosos que foram vítimas de abuso e que não conseguiram o direito de resposta no órgão que os difamou.

O Professor Fábio Comparato (2013), em seu último livro, intitulado “Rumo à Justiça”, ao tratar da questão de como se fazer uma educação para a Justiça aqui no Brasil, afirma com toda propriedade que:

Nas sociedades de massa do mundo contemporâneo a educação para a cidadania faz-se não mais na família, na escola ou nas assembleias religiosas e, sim, através dos meios de comunicação de massa, em especial a imprensa, o rádio e a televisão. Ora, em nosso país, esta via educacional encontra-se bloqueada. A quase totalidade dos veículos de comunicação pública, vale dizer, de comunicação do povo consigo mesmo e do povo com os governantes, foi apropriada por particulares que os exploram sob a forma empresarial, em benefício de sua classe e dos seus interesses capitalistas.

Conclui, por fim, o renomado Professor que: *“É este, sem exagero, o mais grave problema político da atualidade.”*

Enfim, é claro que todos nós almejamos e preconizamos uma imprensa livre, como não poderia deixar de ser. Enquanto investigativa e criteriosa há de merecer todo nosso respeito e loas, pois constitui

a própria “vista da Nação”, de que nos falava o grande Rui Barbosa. Por outro lado, há de ser solenemente repudiado aquele jornalismo trapeiro, tão bem identificado pelo nosso Professor Paulo Bonavides (2001, p. 64):

Com efeito, trata-se aqui da mídia – esta, sim, a caixa preta da democracia, que precisa ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima. Se o bloqueio já é perverso, executado por brasileiros, breve se fará insuportável, comandado por agentes estrangeiros da recolonização.

Contra esse tipo de jornalismo – e de blogueiros que, à míngua de talento próprio, vivem de denegrir criminosamente a honra alheia --- é que defendo irrestritamente a criação do habeas mídia, apenas aqui palidamente entrevisto.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. 280 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. 459 p.
- RODRIGUES, Francisco Cesar Pinheiro. *Verdades que melindram: ensaios sobre política internacional e justiça*. São Paulo: Livrus, 2012. 488p.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e mídia no Brasil*. São Paulo: Mp, 2006. 94 p.



Luís Roberto Barroso

O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto

Resumo

Fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular, o constitucionalismo democrático no Brasil atinge seu ápice com a Constituição de 1988, produto da transição de um Estado autoritário, intolerante e violento para um arranjo institucional que assegura ao país, há mais de duas décadas, estabilidade institucional. A Constituição de 1988 está no centro de gravidade do presente trabalho, que percorre as diferentes fases e preocupações da história recente da teoria constitucional no país, que incluem: a conquista da efetividade pelas normas constitucionais, o advento paulatino de uma cultura jurídica pós-positivista, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito, a nova interpretação constitucional e o conceito de casos difíceis, a ascensão do Poder Judiciário, as tensões entre a jurisdição constitucional e a função legislativa, a tênue fronteira entre o Direito e a Política, bem como o conceito e o papel da dignidade humana no Direito contemporâneo. O estudo também analisa a atuação do STF no julgamento de casos complexos, como a união homoafetiva, a interrupção voluntária da gestação e as pesquisas com células-tronco, entre outros. O eixo central das ideias desenvolvidas é a dignidade da pessoa humana, valor fundamental e princípio constitucional, fundamento ético e jurídico do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Constitucionalismo democrático. Efetividade das normas constitucionais. Neoconstitucionalismo. Constitucionalização do Direito. Nova interpretação constitucional. Jurisdição Constitucional e Função Legislativa. Judicialização. Ativismo Judicial

Abstract

Political formula based on the fundamental rights and the popular self-government, the democratic constitutionalism in Brazil reaches its peak with the advent of the 1988 Constitution, a product resulting from the transition from an authoritative, intolerant and violent condition to a newer and more stable institutional State, underway for over two decades. The 1988 Constitution is the epicenter of this paper, which runs through different phases and concerns of the recent history of the constitutional theory in our country that includes: an achievement of effectiveness by the constitutional norms, the gradual advent of a post-positivist juridical culture, the neoconstitutionalism and the constitutionalization of the Law, the new constitutional interpretation and the concept of difficult cases, the ascending curve of the Judiciary Power, the tensions between the constitutional jurisdiction and the legislative function, the subtle threshold between the Law and Politics, and the concept and role of human dignity in the contemporary Law. The study also analyses the actions and interventions of the Federal Supreme Court in judging complex cases, such as the homo-affective relations, the voluntary interruption of pregnancy and the research of trunk cells, among others. The central axis of the ideas developed in this study concern the human dignity – core value and constitutional principle, ethic and juridical foundation of the essential content of the fundamental rights.

Key words

Democratic constitutionalism. Effectiveness of the constitutional norms. Neoconstitutionalism. Constitutionalization of the Law. New constitutional interpretation. Constitutional Jurisdiction and Legislative function. Judicialization. Judicial activism.

O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto

The democratic constitutionalism in brazil:
chronicles of an unexpected achievement

Luís Roberto Barroso *

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito – *Yale Law School*. Doutor e Livre-docente – UERJ. Professor Visitante – Universidade de Brasília (UNB), Universidade de Poitiers, França, e Universidade de Wrocław, Polônia. *Visiting Scholar* – *Harvard Law School*. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado (RDE).

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Também referido como Estado constitucional ou, na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. *Constitucionalismo* significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. *Democracia*, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.

Nas últimas décadas, a teoria e a prática do direito constitucional, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – domésticos e internacionais –, passou por um processo de

reelaboração extenso e profundo. A maior parte dessas transformações encontra-se relatada nos artigos e casos do meu livro (BARROSO, 2012). Procura-se, neste artigo, conferir uma sistematização capaz de permitir a visão de conjunto dos temas, assim como oferecer uma síntese sumária das ideias substantivas envolvidas.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU SUCESSO INSTITUCIONAL

2.1 A SUPERAÇÃO DOS CICLOS DO ATRASO

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo

desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar. Mesmo nessa conjuntura, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nas últimas décadas, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra, não reconhece a luz.

2.2 ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS E VICISSITUDES

Por certo, nem tudo foram flores. Com toda a sua valia simbólica, a Constituição de 1988 é a Constituição das nossas circunstâncias, sujeita a imperfeições e vicissitudes. A esse propósito, é preciso ter em conta que o processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – da recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e

nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos.

A Constituição brasileira, portanto, trata de assuntos demais, e o faz de maneira excessivamente detalhada. Tais características produzem duas consequências negativas bastante visíveis. A primeira: como tudo o que é relevante está lá, quaisquer alterações na trajetória política – sejam em questões econômicas, tributárias, previdenciárias ou outras – acabam dependendo de emendas constitucionais. Isso dificulta o exercício do poder pelas maiorias políticas, haja vista que a todo momento é preciso *quorum* qualificado de três quintos para a mudança do texto constitucional. A legislação ordinária, como se sabe, depende apenas de maioria simples. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais. Tal fato gera dificuldades intuitivas, pois impõe negociações políticas permanentes, com as sequelas fisiológicas daí advindas. A segunda consequência negativa é facilmente previsível: o número espantoso de emendas à Constituição, um recorde mundial. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência do texto constitucional e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

A despeito do que se vem afirmar, há um consolo. Naquilo que a Constituição tem de materialmente constitucional – isto é, matérias que inequivocamente deveriam figurar no seu texto – ela tem sido estável. De fato, as normas sobre organização do Estado e das instituições – *e.g.* Federação e separação de Poderes –, sobre a definição e proteção dos direitos fundamentais, assim como as que estabelecem

princípios essenciais e fins públicos relevantes não foram afetadas de maneira substantiva ao longo do tempo. Este é um dado bastante significativo. Seja como for, foi com essa Constituição que o Brasil conquistou maturidade institucional e vive um ciclo continuado de desenvolvimento econômico e social. As etapas e transformações a seguir narrados tiveram o texto constitucional de 1988 – e, sobretudo, o sentimento constitucional que ele foi capaz de gerar – como centro de gravidade.

3 A CONQUISTA DE EFETIVIDADE PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 UM CONSTITUCIONALISMO QUE NÃO ERA PARA VALER

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”. Buscava-se, na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia

a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

3.2 FORÇA NORMATIVA E EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico¹. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*². Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais³.

¹ Sobre o tema, v. Hesse (1983). Trata-se da tradução para o espanhol de um ensaio seminal, publicado em 1958. V. tb., García de Enterría (2006). No modelo que vigorou na Europa até o segundo pós-guerra, a Constituição não era vista como uma norma invocável perante os tribunais. As proposições nela contidas funcionavam como mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Somente quando tais conteúdos eram desenvolvidos por atos do parlamento ou por atos administrativos, é que se tornavam exigíveis judicialmente.

² Sobre o tema, v. Barroso (2006). A primeira versão do texto é de 1987.

³ Aqui cabe relembrar que o constitucionalismo europeu seguiu trajetória diversa do americano até a segunda metade do século passado, quando iniciou um percurso de aproximação. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta pelos tribunais. V. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma, e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

4.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Como assinalado ao início desse texto, o direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco *histórico* do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem-sucedida e assegurou ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado⁴. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

⁴ Sobre o sentido e alcance dessa expressão, v. Lucas Verdú (2004), trad. Agassiz Almeida Filho.

O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o pós-positivismo⁵. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética⁶.

Por fim, o marco *teórico* do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições

5 Autores pioneiros nesse debate foram: Rawls (1980); Dworkin (1977); Alexy (1997), 1ª. ed. Alemã 1986. Sobre o tema, vejam-se também: Zagrebelsky (2005), 1ª. ed. 1992; Garzón Valdés; Laporta (2000), 1ª. ed. 1996. No Brasil, vejam-se: Bonavides (2004); Barroso (2003, t. 2); Diniz; Maia (2006). A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Calsamiglia (1998, v.1, n. 21, p. 209): "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

6 V. Torres (2005, v. 2, p. 41): "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro de Rawls (1971), constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. No Brasil, em particular, materializou-se ele na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica⁷. A esse ponto se voltará adiante.

4.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma"⁸. O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de

7 Sobre a interpretação constitucional contemporânea, v. Barroso (2008), especialmente o capítulo "Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional".

8 A primeira parte da frase ("Ontem os Códigos; hoje as Constituições") foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: "Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer".

partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil⁹. No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico¹⁰.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao

aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – *e.g.*, função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma *despatrimonialização*¹¹ e uma *repersonalização*¹² do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse¹³. No direito administrativo, a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à noção mais ampla de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência¹⁴.

9 V. Perlingieri (1997, p. 6): “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Vejam-se, também, Tepedino (1993, n. 65, p. 21) e Tepedino (2001).

10 Na Alemanha, a ideia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito, foi fixada no julgamento do célebre caso *Lüth*, julgado em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que assentou: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (SCHWABE, 2003, Sentencia 7, 198). No caso concreto, o tribunal considerou que a conduta de um cidadão convocando ao boicote de determinado filme, dirigido por cineasta de passado ligado ao nazismo, não violava os bons costumes, por estar protegida pela liberdade de expressão.

11 O termo foi colhido em Perlingieri (1997, p. 33). Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi (apud SARMENTO, 2004, p. 115).

12 “(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais” (FACHIN; PIANOVSKI RUZYK, 2000, v. 4, p. 243). A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também De Cupis (1982).

13 Sobre este tema, v. Sarmento (2004), e Pereira (2005).

14 V. Batista (2003); Binenbojm (2005, n. 239, p. 1); Sarmento (2005); Ávila (1999, n. 24, p. 159). V. tb. Moreira Neto (2000); Mello (2003); Medauar (1998).

5 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONCEITO DE CASOS DIFÍCEIS

5.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL TRADICIONAL

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Porque assim é, ela se socorre dos elementos tradicionais da interpretação jurídica em geral: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as particularidades das normas constitucionais e da interpretação constitucional levaram ao desenvolvimento, ao longo do tempo, de alguns princípios específicos de interpretação constitucional, princípios instrumentais que figuram como pressupostos metodológicos da atuação do intérprete: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade. Dentro desse universo da interpretação tradicional, era possível definir com precisão o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A *norma* deveria trazer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos. Os *fatos* lá estavam para serem enquadrados na norma, permitindo o silogismo que solucionava os problemas: a lei é a premissa maior; os fatos a premissa menor; a sentença a conclusão, o produto da subsunção dos fatos à norma. E, por fim, o papel do *intérprete*: ele desempenhava uma função técnica de conhecimento, identificando a norma aplicável e pronunciando as consequências de sua incidência sobre o caso concreto. A interpretação, portanto, era um ato de conhecimento e não de vontade.

5.2 TRÊS MUDANÇAS DE PARADIGMA QUE ABALARAM A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL TRADICIONAL

O quarto final do século XX, no Brasil, foi o cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que haviam se consolidado no final

do século XIX. Enunciam-se aqui, esquematicamente, três delas.

5.2.1 Superação do formalismo jurídico

O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções que, na verdade, expressavam o interesse ideológico dos setores hegemônicos: a) a de que o Direito era a expressão da razão, de uma justiça imanente; e b) a de que o Direito se realizava, se interpretava, se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos.

5.2.2 Advento de uma cultura jurídica pós-positivista

Como já anteriormente assinalado, nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. De fato, se a resposta para os problemas não pode ser encontrada de maneira completa no comando que se encontra na legislação, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do

conhecimento. Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela.

5.2.3 Ascensão do direito público e centralidade da Constituição

Por fim, o século XX assiste à ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída, predominantemente, sobre as categorias do direito privado. O Século XIX começa com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, e termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século, XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição, como assinalado acima. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Como consequência, reitera-se, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional.

5.3 NOVA INTERPRETAÇÃO E CASOS DIFÍCEIS

A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota

a interpretação tradicional, mas vem para atender necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Tome-se como exemplo o conceito constitucional de família. Até a Constituição de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre das uniões homoafetivas. Veja-se, então, que onde havia unidade passou a existir uma pluralidade.

A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. É o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se co-participante do processo de criação do Direito.

Passa-se, por fim, à ideia de casos difíceis. *Casos fáceis* são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no direito positivo. Por exemplo: a) a Constituição prevê que aos 70 anos o servidor público deve passar para a inatividade. Se um juiz, ao completar a idade limite, ajuizar uma ação pretendendo permanecer em atividade, a solução será dada de maneira relativamente singela: pela

mera subsunção do fato relevante – implementação da idade – na norma expressa, que determina a aposentadoria; b) a Constituição estabelece que o Presidente da República somente pode se candidatar a uma reeleição. Se o Presidente Lula, por exemplo, tivesse pretendido concorrer a um terceiro mandato, a Justiça Eleitoral teria indeferido o registro de sua candidatura, por simples e singela aplicação de uma norma expressa. A verdade, porém, é que para o bem e para o mal, a vida nem sempre é fácil assim. Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis:

5.3.1 Ambiguidade da linguagem

Quando se vale de princípios ou de conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto. Princípios como eficiência, razoabilidade ou solidariedade; cláusulas abertas como calamidade pública, repercussão geral ou impacto ambiental; e mesmo vocábulos plurissignificativos como tributos, servidores públicos ou privacidade envolvem, na sua concretização, uma dose maior ou menor de valoração subjetiva por parte do intérprete. A consequência natural é a existência de algum grau de variação e de incerteza na sua interpretação, com implicações inevitáveis sobre a segurança jurídica.

5.3.2 Desacordos morais razoáveis

No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas

esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos. Não é difícil comprovar e ilustrar o argumento com situações envolvendo (a) eutanásia e suicídio assistido, isto é, a existência ou não de um direito à morte digna; (b) a questão da recusa de transfusão de sangue por pessoas adeptas da religião Testemunhas de Jeová; e (c) o debate sobre a descriminalização das drogas leves. Também aqui a pré-compreensão do intérprete, seu ponto de observação, sua ideologia e visão de mundo acabam por ser, consciente ou inconscientemente, fator determinante na escolha da decisão que se afigura mais acertada.

5.3.3 Colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais

A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. Não é difícil oferecer exemplos emblemáticos. O cantor Roberto Carlos foi a juízo para impedir a divulgação de uma biografia não autorizada, invocando os seus direitos constitucionais de imagem e de privacidade. O autor da obra defendeu-se fundado na sua liberdade de expressão e no direito de informação, igualmente protegidos constitucionalmente. Naturalmente, como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, porque mais de uma postula incidência sobre a hipótese. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete.

Portanto casos difíceis são aqueles que, devido a razões diversas, não têm uma solução abstratamente

prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de produtos jurídicos. Eles exigem a construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese.

6 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

6.1 A ASCENSÃO POLÍTICA DAS SUPREMAS CORTES E DO PODER JUDICIÁRIO

Nos últimos anos, o STF tem ocupado um espaço relevante no cenário político e no imaginário social. A centralidade da Corte e, de certa forma, do Judiciário como um todo, não é peculiaridade nacional. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos. Desde o final da Segunda Guerra, em muitas democracias, verificou-se um certo avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. Nos Estados Unidos, a eleição de 2000 foi decidida pela Suprema Corte. Em Israel, foi também a Suprema Corte que deu a última palavra sobre a construção de um muro na divisa com o território palestino. Na França, o Conselho Constitucional legitimou a proibição da burca.

Esses precedentes ilustram a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Apenas em 2011 e 2012, o STF decidiu acerca de uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e cotas raciais.

Anteriormente, decidira sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, nepotismo e demarcação de terras indígenas. Sem mencionar o chamado *Mensalão*. Tudo potencializado pela transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça. Embora seja possível apontar inconveniências nessa deliberação diante das câmeras, os ganhos são maiores do que as perdas. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia. TV Justiça só tem no Brasil, não é jabuticaba e é muito boa.

6.2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF.

A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional

brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso.

6.3 CRÍTICAS À EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

Inúmeras críticas têm sido dirigidas a essa expansão do papel do Judiciário. A primeira delas é de natureza política: magistrados não são eleitos e, por essa razão, não deveriam poder sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo. A segunda é uma crítica ideológica: o Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários. Uma terceira crítica diz respeito à capacidade institucional do Judiciário, que seria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais. E, por fim, a judicialização reduziria a possibilidade de participação da sociedade como um todo, por excluir os que não têm acesso aos tribunais.

Todas essas críticas merecem reflexão, mas podem ser neutralizadas. Em primeiro lugar, uma

democracia não é feita apenas da vontade das maiorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Cabe ao Judiciário defendê-los. Em segundo lugar, é possível sustentar que, na atualidade brasileira, o STF está à esquerda do Congresso Nacional. De fato, quando o Tribunal decidiu regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, as classes empresariais acorreram ao Congresso, pedindo urgência na aprovação da lei que tardava. Ninguém duvidava que o STF seria mais protetivo dos trabalhadores que o legislador. Quanto à capacidade institucional, juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas complexas, como transposição de rios ou demarcação de terras indígenas. Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.

6.4 COMPLEXIDADE DA VIDA E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

O Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea. Foi o que ocorreu no exemplo do reconhecimento das uniões homoafetivas, referido acima. Diante da ausência de norma disciplinando a questão, o Supremo Tribunal Federal precisou criar uma. Evidentemente, como é próprio, não se trata do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução. O mesmo se passa no tocante à interrupção da gestação de fetos anencefálicos. À falta de regra

expressa, a Corte construiu – com acerto – a que melhor equacionou o problema.

Juízes e tribunais também precisam desempenhar uma atividade mais criativa – isto é, menos técnica e mais política – nas inúmeras situações de colisões entre normas constitucionais. Tome-se como exemplo a disputa judicial envolvendo a construção de usinas hidrelétricas na Amazônia. O governo invocou, para legitimar sua decisão, a norma constitucional que consagra o desenvolvimento econômico como um dos objetivos fundamentais da República; do outro lado, ambientalistas e a população afetada fundamentavam sua oposição à medida na disposição constitucional que cuida da proteção ao meio-ambiente. Pois bem: o juiz não pode decidir que os dois lados têm razão e julgar a lide empatada. Ele terá que resolver a disputa, ponderando interesses e criando argumentativamente a norma que considera adequada para o caso concreto. Tal circunstância aumenta o seu poder individual e reduz a objetividade e previsibilidade do direito. Mas a culpa não é nem do juiz nem dos tribunais. A vida é que ficou mais complicada, impedindo o legislador de prever soluções abstratas para todas as situações.

6.5 STF: CONTRAMAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO

De tudo o que se disse, é possível concluir que o Judiciário se expande, sobretudo, nas situações em que o Legislativo não pode, não quer ou não consegue atuar. Aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair

vocações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais.

Há uma última questão delicada associada à expansão do papel do STF: sua relação com a opinião pública. Todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um Tribunal digno desse nome não pode decidir pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da sabedoria política universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso. Sem cair nessa armadilha, o STF tem servido bem à democracia brasileira e merece o reconhecimento da sociedade.

7 A DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: O CENTRO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana. Após a Segunda Grande Guerra, a dignidade tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições. Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus

valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas. É o que se tem passado, por exemplo, em discussões sobre aborto, suicídio assistido ou pesquisas com células-tronco embrionárias. Sem mencionar o uso indevido do conceito para a decisão de questões triviais, com inconveniente banalização do seu sentido. De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo. Naturalmente, não é bom que seja assim. Por essa razão, torna-se necessário um esforço doutrinário para determinar sua natureza jurídica e o seu conteúdo.

7.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA É UM PRINCÍPIO JURÍDICO

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional¹⁵. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo

¹⁵ A dignidade humana é melhor caracterizada como um princípio, e não como um direito fundamental, como se sustenta, por exemplo, na Alemanha. V. 27 *BVerfGE* 1 (caso Microcensus) e 30 *BVerfGE* 173 (1971) (caso Mephisto). Esta posição, aliás, tem sido pertinentemente questionada. V. Grimm (2010, p. 5).

essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula¹⁶.

7.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DA DIGNIDADE HUMANA

Para que possa funcionar como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a *laicidade* – não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade –, a *neutralidade política* – isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas – e a *universalidade* – isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os

¹⁶ Uma lei é inconstitucional em abstrato quando é contrária à constituição em tese, isto é, em qualquer circunstância, e por isso é nula. Uma lei é inconstitucional em concreto quando em tese é compatível com a constituição, mas produz uma consequência inaceitável em uma circunstância particular.

três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário.

O *valor intrínseco* é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser. Trata-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço (KANT, 1998, p. 42). A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem para dar-lhes essa condição singular. No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de uma série de direitos fundamentais, que incluem:

a) *direito à vida*: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia;

b) *Direito à igualdade*: todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;

c) *Direito à integridade física*: desse direito decorrem a proibição de tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. É aqui que se colocam debates complexos como os limites às técnicas de interrogatório, admissibilidade da prisão perpétua e regimes prisionais. E, também, do comércio de órgãos e das pesquisas clínicas;

d) *Direito à integridade moral ou psíquica*: nesse domínio estão incluídos a privacidade, a honra e a imagem. Muitas questões intrincadas derivam desses direitos da personalidade, nas suas relações com outros direitos e situações constitucionalmente protegidas. Têm sido recorrentes e polêmicas as colisões entre a liberdade de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à privacidade e à imagem, de outro.

A *autonomia* é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade. No plano jurídico, a autonomia envolve uma dimensão privada, outra pública e tem, ainda, como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial, examinados sumariamente na forma abaixo:

a) *autonomia privada*: está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras;

b) *autonomia pública*: está na origem dos direitos políticos, dos direitos de participação na condução da coisa pública. A democracia funda-se na soberania

popular – todas as pessoas são livres e iguais e podem e devem participar das decisões que afetem sua vida –, constituindo uma parceria de todos em um projeto de autogoverno. A autonomia pública identifica aspectos nucleares do direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social;

c) *mínimo existencial*: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos *direitos fundamentais sociais* e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.

O *valor* comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais, mas responsabilidades e deveres a elas associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover, sobretudo:

a) *a proteção dos direitos de terceiros*: a autonomia individual deve ser exercida com respeito à autonomia das demais pessoas, de seus iguais direitos e liberdades. Por essa razão, todos os ordenamentos jurídicos protegem a vida, criminalizando o homicídio; protegem a integridade física, criminalizando a lesão corporal; protegem a propriedade, criminalizando o furto, em meio a inúmeros outros bem jurídicos tutelados pelo direito penal e outros ramos do direito;

b) *a proteção do indivíduo contra si próprio*: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhes causar lesão. Assim, portanto, é possível impor o uso de cinto de segurança ou de capacete, tornar a vacinação obrigatória ou estabelecer o dever de os pais matriculem os filhos menores em escolas. Nesse domínio se inserem questões controvertidas, como eutanásia, sadomasoquismo e o célebre caso do arremesso de anão¹⁷;

c) *a proteção de valores sociais*: toda sociedade, por mais liberais que sejam seus postulados, impõe coercitivamente um conjunto de valores que correspondem à moral social compartilhada. Proibição do incesto, da pedofilia, da incitação à violência constituem alguns consensos básicos. Mas, também aqui, existem temas divisivos, como a criminalização da prostituição ou a descriminalização das drogas leves. A imposição coercitiva de valores sociais – em geral pelo legislador, eventualmente pelo juiz – exige fundamentação racional consistente e deve levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. É preciso evitar o paternalismo, o moralismo e a tirania das maiorias.

8 ALGUNS CASOS DIFÍCEIS DECIDIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Como ficou assentado linhas atrás, casos difíceis são aqueles para os quais não há uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Tal circunstância faz com que o intérprete se torne co-participante

¹⁷ O caso envolveu a proibição, por violar a ordem pública e a dignidade humana, a prática do evento “arremesso de anão”, levado a efeito em algumas casas noturnas. Nela, um anão era arremessado pelos clientes do estabelecimento à maior distância possível, em disputa por um prêmio. V. *Conseil d’État, Decisão 136727*, 27 de Outubro de 1985. Ver também Long (1996, p. 790 et seq.).

do processo de criação do Direito, na medida em que caberá a ele, à luz dos elementos disponíveis, construir argumentativamente a solução que irá resolver a situação. A legitimidade de tal atuação dependerá da capacidade do juiz ou tribunal de convencer o auditório ao qual se dirige de que a decisão produzida é constitucionalmente adequada, por ser legítima, justa e compatível com o sistema normativo. O auditório típico de um juiz de primeiro grau é o seu tribunal. O auditório típico de um tribunal, nas questões constitucionais, é o Supremo Tribunal Federal. O próprio STF não é um tribunal de si próprio. Sua legitimidade e credibilidade dependem da compreensão e do assentimento da sociedade como um todo quanto ao papel que desempenha. No fundo, este é o seu auditório final. Comentam-se, abaixo, sumariamente, cinco decisões produzidas pelo STF em questões jurídica e moralmente controvertidas. Todos eles envolvem complexidades inerentes à interpretação constitucional e quase todos suscitam questões afetas à dignidade humana.

8.1 ANENCEFALIA: LEGITIMIDADE DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO

A Anencefalia é uma má-formação fetal, devido a um problema no fechamento do tubo neural. Na prática, diante da ausência da calota craniana, o feto se forma sem o cérebro e sem qualquer viabilidade de vida extrauterina. O diagnóstico é feito no terceiro mês de gestação. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a legitimidade ou não de a mulher poder interromper a gestação após o diagnóstico, se este fosse o seu desejo. O caso era difícil pelas três razões típicas. Em primeiro lugar, pela ambiguidade da linguagem: determinar se o sentido e alcance do direito à vida englobava ou não um feto inviável. Em segundo lugar, pela existência

de uma colisão de direitos fundamentais: admitindo-se que houvesse, de fato, um direito à vida potencial por parte do feto, ele se contraporaria ao direito da mãe de não se submeter a um sofrimento que considere inútil, com repercussão sobre a sua integridade física e psíquica. E, em terceiro lugar, um desacordo moral: em todas as questões que envolvem interrupção da gestação e aborto, contrapõem-se os defensores da liberdade de escolha da mulher – isto é, o exercício de sua liberdade reprodutiva – e os que consideram que o direito à vida é absoluto e se estende ao feto, sendo ilegítima a decisão da mãe de interromper a gestação.

O STF decidiu que a interrupção da gestação no caso de feto anencefálico é fato atípico, em razão da ausência de potencialidade de vida do feto. Como consequência, reconheceu o direito de a mulher interromper a gestação em tal hipótese, independentemente de autorização judicial.

8.2 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: LEGITIMIDADE DA LEGISLAÇÃO AUTORIZADORA

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24.03.2005), no seu art. 5º, veio autorizar as pesquisas com células-tronco embrionárias, observados determinados requisitos. Admitia, assim, que os embriões resultantes de procedimentos de fertilização *in vitro*, que estivessem congelados há mais de três anos, fossem destinados à pesquisa científica, se os genitores dessem autorização. As células-tronco embrionárias contêm material genético apto a se transformar em qualquer tecido ou órgão do corpo humano, o que significa uma fronteira extraordinária para a pesquisa médica, por oferecer perspectiva de tratamento para doenças até aqui sem cura, como mal de Parkinson, lesões medulares e diabetes, dentre outras. O caso também era difícil pelas razões usuais.

Havia uma ambiguidade de linguagem relativa ao enquadramento ou não de um embrião congelado no conceito de vida, para fins de proteção constitucional. Também estava presente uma colisão de normas: para quem entendia que se tratava de uma vida potencial, sua preservação se chocava com o interesse dos pesquisadores e dos portadores de doenças cuja cura pudesse ser alcançada por essa linha de pesquisas. Por fim, havia um desacordo moral: preservar o embrião, em nome do direito à vida, ou destiná-lo à ciência, diante da constatação de que ele jamais seria implantado em um útero materno.

Por maioria de votos, o STF declarou a constitucionalidade da lei, entendendo que um embrião congelado e sem perspectiva de implantação em um útero materno não constituía vida para fins constitucionais. Como consequência, considerou legítimas as pesquisas com células-tronco embrionárias, mesmo que importassem na destruição do embrião.

8.3 NEPOTISMO: VALIDADE DO ATO NORMATIVO DO CNJ QUE RESTRINGIU A NOMEAÇÃO DE PARENTES ATÉ O TERCEIRO GRAU DE MEMBROS DO JUDICIÁRIO PARA CARGOS EM COMISSÃO

A Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vedou a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário. Como consequência, ficou proibida a nomeação para cargo em comissão ou função gratificada – isto é, investiduras que independem de concurso – de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de membro do Poder Judiciário da mesma jurisdição. No plano federal, bem como em alguns Estados-membros da Federação, já havia leis com teor assemelhado. Não, assim, porém, na maioria dos Estados. Editada a resolução pelo CNJ, ela foi

amplamente descumprida pelos tribunais estaduais, sob o fundamento de que a matéria era reservada à lei, sendo insuscetível de ser tratada mediante ato normativo secundário.

Diante disso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, requerendo ao STF que reconhecesse a validade da resolução do CNJ. O caso era difícil essencialmente por uma razão: a determinação do sentido e do alcance do princípio da legalidade. De acordo com o conhecimento convencional, esposado pelos tribunais estaduais, na falta de lei não era possível impor a restrição. A AMB sustentou que, no direito contemporâneo, em lugar da legalidade, aplica-se uma noção mais ampla, que é a de juridicidade, que inclui a aplicação direta e imediata da Constituição e seus princípios.

O STF, por maioria larga, declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7, do CNJ. Entendeu que dos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos expressamente na Constituição, era possível extrair a regra proibitiva do nepotismo. Pouco após esta decisão, que se referia apenas ao Poder Judiciário, o STF editou a Súmula nº 13, vedando o nepotismo em todos os Poderes.

8.4 UNIÕES HOMOAFETIVAS: IGUALDADE DE TRATAMENTO COM AS UNIÕES ESTÁVEIS CONVENCIONAIS

Inexiste no direito brasileiro norma expressa regendo a situação das uniões homoafetivas. A Constituição não cuida delas. O art. 226, § 3º faz menção, tão somente, ao reconhecimento de uniões estáveis entre homem e mulher. O mesmo se passa em relação à legislação ordinária, inclusive o art. 1.723 do Código Civil que, por igual, somente se refere às relações entre homem e mulher. Diante da ausência de norma expressa, a jurisprudência

se dividia entre duas soluções: parte dos tribunais entendia que a relação afetiva entre um homem e um homem, ou entre uma mulher e uma mulher, devia ser categorizada como uma *sociedade de fato*, cujos efeitos jurídicos, inclusive em caso de dissolução, deveriam ser pronunciados por um juiz cível; a outra parte entendia que, a despeito do silêncio da legislação, a analogia mais próxima era a da *união estável*, sendo competente a justiça de família. Na ação se pedia que o STF declarasse que esta última concepção é que estava em conformidade com a Constituição. O caso era difícil por duas razões. A primeira, no tocante à ambiguidade da linguagem, envolvia determinar se a locução união estável, tradicionalmente aplicada às relações heterossexuais, se estendia, também, às relações homoafetivas. Com a dificuldade de que a norma constitucional e a legislação ordinária somente se referiam a “homem e mulher” ao tratar da união estável.

A segunda razão que tornava o caso difícil é a inegável existência de desacordo moral razoável na matéria. De um lado, há segmentos da sociedade que entendem que união estável, assim como casamento, só pode ser entre pessoas de sexos opostos. Sustentam que a homossexualidade é contra as leis da natureza, que há expressa condenação na Bíblia e que, portanto, não deve ser encarada pelo Direito como um fato normal. De outro lado, inúmeros setores consideram que a homossexualidade é um fato da vida, que sua causa é predominantemente genética e que discriminar uma pessoa em razão de sua orientação sexual é como discriminar negros, judeus, ou asiáticos. As relações estáveis homoafetivas se baseiam na afetividade e em um projeto de vida comum, ou seja, as mesmas características da união estável. Logo não há fundamento legítimo para o tratamento diverso.

Em surpreendente unanimidade, o STF decidiu que as uniões estáveis homoafetivas deveriam receber

o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis convencionais.

8.5 CESARE BATTISTI: A RECUSA DE SUA EXTRADIÇÃO POR ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Cesare Battisti era um antigo militante da esquerda italiana contra quem a República Italiana ajuizou um pedido de extradição em 24 de abril de 2007. Battisti, integrante de uma organização chamada Proletários Armados pelo Comunismo, fora condenado a prisão perpétua na Itália, acusado de ter participado de ações da referida organização que resultaram em quatro homicídios. No curso do processo de extradição, o Ministro da Justiça concedeu a Cesare Battisti refúgio político, com base na legislação vigente. Em essência, considerou serem plausíveis os argumentos de perseguição política contra ele e, sobretudo, de ausência de devido processo legal no julgamento no qual foi condenado. De fato, Battisti foi submetido a um segundo julgamento, por tribunal de júri, à revelia, pois se encontrava em abrigo político na França. As provas eram exclusivamente os depoimentos de “arrepentidos”, alguns já condenados pelos homicídios cuja culpa transferiam para ele. Mais que tudo: os advogados de Battisti haviam sido constituídos pela própria organização – isto é, pelos “arrepentidos” que lhe transferiam a culpa – e a procuração dada a eles era falsa, conforme comprovação pericial.

Em um primeiro julgamento, o Supremo Tribunal, por 5 votos a 4, invalidou o ato de concessão de refúgio e autorizou a extradição. Igualmente por 5 votos a 4, o STF estabeleceu que a competência final na matéria – isto é, a decisão de entregar ou não o extraditando ao Estado requerente – era do Presidente da República. O Presidente Lula decidiu não entregá-lo. A questão tornou a ser judicializada,

sendo levada a um segundo julgamento. O STF entendeu, então, que a decisão do Presidente era de natureza política e, conseqüentemente, insindicável judicialmente. Este caso, a rigor, não constituía um caso difícil em sentido técnico. Sua dificuldade foi política. Juridicamente, as três principais teses em discussão configuravam um caso fácil. Eram elas:

1ª. *A concessão de refúgio extingue o processo de extradição.* Tal consequência resulta da dicção expressa da lei e já fora reconhecida anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

2ª. *O ato de concessão de refúgio é de natureza política, não constituindo ato vinculado, cujo conteúdo possa ser revisto pelo Judiciário.* Tal entendimento corresponde à posição pacífica da doutrina e já fora adotado pelo STF em decisão proferida pouco tempo antes.

3ª. *A decisão que defere a extradição tem caráter meramente autorizativo, não vinculando o Presidente da República.* Esta era, de longa data – e continuou a ser – a jurisprudência pacífica da Corte.

4a. *Atos praticados pelo Presidente da República na condução das relações internacionais são privativos do Executivo e não podem ser revistos pelo Judiciário.* A tese corresponde ao conhecimento convencional e nunca havia sido questionada.

9 CONCLUSÃO

Como afirmado ao início, o presente texto procurou ordenar e sistematizar ideias e fenômenos que revolucionaram o direito constitucional nas últimas três décadas. No caso brasileiro, os cinco precedentes judiciais apresentados no capítulo final do trabalho ilustram o novo papel da Constituição, da interpretação constitucional e dos tribunais. Apesar das resistências, trata-se de mudanças que impulsionaram o processo social e preservaram liberdades fundamentais, contribuindo para a promoção da dignidade humana. A seguir, em

proposições objetivas, uma síntese apertada das ideias desenvolvidas:

- a) A Constituição de 1988 simboliza um vertiginoso sucesso institucional, tendo propiciado o mais longo período de continuidade democrática da experiência constitucional brasileira. De parte isso, tem sido pano de fundo de um duradouro período de desenvolvimento econômico e social. A despeito do texto excessivamente extenso e detalhista, submetido a muitas dezenas de emendas, a parte da Constituição que contém normas materialmente constitucionais – como a organização do Estado, dos Poderes e o sistema de direitos fundamentais – permaneceu estável ao longo do tempo.
- b) A conquista de normatividade e de efetividade pela Constituição foi o rito de passagem para o direito constitucional contemporâneo. A aplicabilidade direta e imediata da Constituição e o reconhecimento dos direitos constitucionais como direitos subjetivos sindicáveis judicialmente mudaram a face do constitucionalismo brasileiro.
- c) O neoconstitucionalismo é produto de transformações profundas no modo como se pensa e se pratica o direito constitucional. O advento de uma cultura pós-positivista e a expansão do papel do Judiciário e da jurisdição constitucional abriram caminho para um constitucionalismo principiológico e voltado para a concretização dos direitos fundamentais.
- d) A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico deu lugar ao fenômeno da Constitucionalização do Direito, que consiste na leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios, mandamentos e fins previstos na Constituição
- e) A nova interpretação constitucional desenvolveu ou aprofundou novas categorias jurídicas, necessárias para lidar

com o pluralismo e a complexidade da vida contemporânea. Os chamados casos difíceis envolvem situações para as quais não há soluções pré-prontas no ordenamento jurídico, exigindo a atuação criativa de juízes e tribunais.

- f) A judicialização é, em grande medida, um fenômeno mundial. No Brasil, ela é potencializada pela abrangência da Constituição e pelo sistema amplo de controle de constitucionalidade. O ativismo judicial entre nós tem-se manifestado de maneira pontual, como forma de atender a demandas sociais não satisfeitas pelo processo político majoritário.
- g) A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental e um princípio constitucional que serve de fundamento ético e jurídico para os direitos materialmente fundamentais, aos quais fornece parte do conteúdo essencial. Dela se extraem regras específicas e vetores interpretativos. O conteúdo jurídico da dignidade é conformado pelo valor intrínseco da pessoa humana, pela autonomia individual e pelo valor comunitário. É imprescindível dar à dignidade uma dimensão objetiva, que permita o seu uso operacional e a poupe do desgaste da banalização.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 607 p. (El derecho y la Justicia). 1. ed. Alemã: 1986.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, p. 159-180, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2. _____. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 522 p.
- BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 322 p.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, n. 239, p. 1, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derech*, Alicante, Spain, v. 1, n. 21, p. 209, 1998.
- DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: A. Giuffrè, 1982.
- DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Carlos Cavalcante. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; Unisinos, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 243, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. [Madrid]: Civitas, 2006. 324 p.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.
- GRIMM, Dieter. *Die würde des menschen ist unantastbar*. Stuttgart, 2010. Kleine Reihe, 24.
- HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: _____. *Escritos de derecho constitucional: seleccion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p.
- KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- LONG, Marceau; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Dalloz, 1996. 847 p.

- LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 256 p.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 440 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. 546 p.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359 p.
- RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univeristy Press, 1980.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410 p.
- SARMENTO, Daniel. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 246 p.
- SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Bogotá: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 577p.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul.-set. 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios constitucionais tributários. In: _____. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 41.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: lei, direitos e justiça**. Madrid: Trotta, 2005.



Charles Barros
Censura “Judicial” e Censura Privada

Resumo

O uso indiscriminado do termo censura pelos meios de comunicação de massa ocorrido nos últimos tempos no Brasil reclama um conhecimento mais aprofundado sobre o tema. O presente trabalho expõe, de forma concisa, sobre a delimitação temporal, material e subjetiva do conceito de Censura. Aspectos próprios da censura são analisados com suporte na doutrina e jurisprudência pátria e estrangeira, tais como, a censura prévia e posterior; a interferência na livre circulação de ideias e notícias; e quem são seus possíveis autores, inclusive no que tange à censura privada.

Palavras-chave

Censura. Delimitação conceitual. Impossibilidade de censura judicial. Censura privada.

Abstract

The indiscriminate use of the word censorship by the mass media, which has recently taken place in Brazil, claims for a deeper knowledge on the subject. This paper addresses concisely the issues of time, material and subjective delimitations of the Censorship’s concept. Proper aspects of the censorship such as, the previous and posterior censorship; the interference in the free movement of ideas and news; and who are their potential authors, including those related to private censorship are analyzed in conformity with in the national and foreigner doctrines and jurisprudences.

Key words

Censorship. Conceptual delimitation. Impossibility of judicial censorship. Private censorship.

Censura “Judicial” e Censura Privada

“Judicial” And Private Censorship

Charles Barros*

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Juiz auxiliar da Corregedoria de Justiça da Região Metropolitana de Belém. Mestre em Direito Público/Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal e Processual Civil/Universidade Luterana do Brasil (ILES-ULBRA) e Doutorando em Direito da Comunicação, Universidad Complutense de Madrid (UCM) Madrid/Espanha

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A decisão que impediu o jornal O Estado de São Paulo de publicar matérias relacionadas com a família do Senador José Sarney em meados de 2009 provocou – como sempre tem provocado – forte reação dos meios de comunicação, a ponto de se cogitar uma ação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para impedir a concessão de liminares que venham a proibir a veiculação de matéria jornalista. Os meios de comunicação, numa só toada, caracterizaram a decisão judicial como censura prévia.

Só por este fato já se percebe a importância e a pertinência do tema que iremos tratar: a censura. Neste sentido, convidamos o leitor a refletir sobre este tema em construção que necessita de um maior debate da própria sociedade. É certo que o Estado que permite o uso da censura, com certeza, não conhece o livre exercício das liberdades de expressão e informação.

A prática censória é tão antiga quanto o início da liberdade de expressão dirigida ao público. Sua origem remonta à Grécia com o surgimento do teatro em 600 a.C., sendo certo que, por volta de 440 a.C.,

surgiu a primeira lei que coibia o uso de elocuições grosseiras (BITELLI, 2004, p. 222). No entanto foi com o surgimento da prensa com Gutenberg em 1450 que os olhos do Estado Monárquico e da Igreja se voltaram para a liberdade de expressão institucionalizando a censura vigorosa, cujo ícone pode ser legado à Santa Inquisição da Igreja Católica.

Sabe-se que a humanidade primeiro conheceu a forte censura destas duas instituições, o que acabou por culminar com as Declarações de Direito de primeira dimensão que sufragaram a plena liberdade de manifestação do pensamento. Segundo Asenjo Barroso (1998, p. 56), a queda inicial da censura tem seu marco histórico com a revogação do *Licensing Act* na Inglaterra em 1695. Apesar do surgimento destes direitos humanos, a censura até os dias de hoje sempre foi utilizada, dependendo do local e do momento histórico de determinado país.

Daí se vê a estreita ligação entre a liberdade de expressão e a censura: a primeira tentando evitar qualquer empecilho ao seu desenvolvimento; a segunda, dependendo dos fins visados, objetiva um controle desta liberdade.

2 CONCEITO

Oportuno se perguntar o que se entende por censura afinal? As respostas são as mais variadas possíveis, eis que os nossos doutrinadores divergem quanto ao seu conteúdo.

Pode-se dizer que o conceito de censura, em sentido estrito, consistiria na atividade de fiscalização do agente público que, imbuído do seu poder de polícia, impede ou restringe a transmissão de determinada mensagem tendo em vista o seu conteúdo, forma e o veículo de comunicação social. Num entendimento mais restrito ainda, chegaríamos a identificá-la apenas quando tal fiscalização fosse prévia.

Román (1980, p. 8) afirma que:

La censura es, en principio, una restricción de la libertad de información y/o expresión. Desde este punto de vista, el objeto de la censura son los mensajes que circulan entre emisores y receptores de la información... Es por lo tanto la comunicación misma la que es objeto de la censura.

Há também os que difundem a ideia de censura como toda e qualquer interferência na liberdade de manifestação de pensamento, chegando-se a tachar de censório até um ato do Poder Judiciário no exercício regular de sua função jurisdicional. Este entendimento é muito comum entre os jornalistas que veem seu direito de expressão ainda com os olhos voltados ao excesso de “liberalismo”, isto é, de liberdades sem limites. Há de se compreender esta atitude de parte dos profissionais de imprensa, primeiro porque não possuem formação jurídica a ponto de conhecerem a teoria sobre a harmonização de princípios jurídicos; segundo porque, por mais que percebam tal evidência, sempre estarão na defesa de seus próprios interesses, o que, como é próprio do ser humano, retira-lhes um pouco da racionalidade e neutralidade.

Até mesmo no auge do liberalismo, o Capital chamou o Estado para intervir nas relações econômicas

para poder sobreviver enquanto sistema. A livre concorrência estava seriamente comprometida com o surgimento dos grandes oligopólios empresariais. Apressou-se, pois, a própria burguesia em criar limites à atuação desenfreada dos agentes econômicos. Por este e outros exemplos, já se vê que não se pode mais pensar em liberdades sem limites, pois sempre haverá um necessário ponto de encontro entre elas, o que demandará uma conciliação, harmonização para que ambas persistam convivendo num mesmo ambiente.

Tal entendimento já é questão superada há muito, pela doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira que acabaram por reconhecer o que é óbvio: a convivência de tantas liberdades, na cada vez mais complexa sociedade humana, requer uma harmonização entre elas, a ponto de se tornar possível a própria coexistência social. A propósito, o art. 220, caput, C.F. expressamente positiva a ideia de preservação da liberdade de manifestação do pensamento, sem possibilidade de qualquer restrição, excetuando, no entanto, os valores resguardos pela Carta Federal.

Percebo que a melhor definição de censura é aquela que leva em consideração não só o agente regulador, como também, a finalidade do ato censório. Isto está a meio termo dos dois extremos acima citados, isto é, não se pode restringir a censura apenas às atividades do Poder Executivo, principalmente no que se refere apenas à censura prévia, tampouco se pode elastecer ao máximo, a ponto de servir de argumento de defesa para uma liberdade sem limites.

Fica claro que só quem pode exercer a censura é aquele agente que efetivamente tem a capacidade de impedir ou restringir, de forma rápida e eficaz, a livre circulação das mensagens com a nítida finalidade de preservar o *status quo* de determinada parcela da sociedade. O que se objetiva com a censura é a preservação de pensamentos e opiniões que venham ao encontro dos interesses de determinado grupo social.

Convém destacar que José Afonso Silva e Celso Ribeiro Bastos, ao conceituarem a censura, não se referem apenas aos órgãos estatais, é ler:

consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação (SILVA, 1992).

a censura se expressa por atos de fiscalização do material a ser transmitido (censura prévia), ou já posto em processo de comunicação (censura a posteriori ou repressiva), tendentes à frustração dos intuitos ínsitos à transmissão. Para nós, ao contrário do que sustentam alguns autores, a censura a posteriori não deixa de pertencer a uma das modalidades sob as quais se pode enquadrar o procedimento censório (BASTOS; MARTINS, 1989, v. 2, p. 82).

Abellán, citado por Ruiz Bautista (2005, p. 271-2), assinalou a presença do fenômeno censório em toda a estrutura social, acabando por concluir que:

el conjunto de actuaciones tendientes a privilegiar la ideología, el ideario político, la visión del mundo, valores, conductas, ideas, ideales y símbolos del grupo social que, de hecho, impone su propio determinismo al resto de grupos sociales.

3 CENSORES

Fixadas as premissas básicas da censura: interferência (previa ou posterior) à livre circulação da mensagem no mercado da comunicação social, passemos a observar quem pode ser seus autores.

Claro está que o Estado, por meio do poder executivo, sempre foi o principal responsável pela censura. Tal conclusão se deduz voltando-se os olhos para a própria história da humanidade, eis que ele sempre fiscalizou o fluxo de informação com a nítida intenção de se perpetuar no poder, seja qual for o regime político adotado, tanto de forma prévia, quanto a *posteriori*.

Aqui, no entanto, deve-se fazer uma observação. Não é todo ato estatal do Administrador que venha

a restringir a veiculação de uma mensagem que pode ser enquadrado como censura. Insisto que esta deve ser vista em função do agente e de sua finalidade perseguida. Neste diapasão, claro está que o Poder Executivo, grande responsável pela fiscalização e restrição das liberdades individuais por seu poder de polícia, deve se abster de praticar qualquer ação que venha a interferir na liberdade de expressão. Seus atos interferem imediata e diretamente na atividade da imprensa, eis que as três características do poder de polícia (autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade) garantem, em regra, a pronta obediência às suas ordens. Portanto deve-se afastar qualquer controle administrativo, prévio ou posterior, da veiculação de mensagens sob pena de configurar-se censura. Sua intromissão nesta área revela, por si só, interesse de conveniência política incompatível com a expressa proibição contida na Carta Federal de restrição da atividade jornalística (art. 220, caput).

É certo que, nos Estados Democráticos de Direito, a Constituição já proíbe a censura, o que leva o Executivo a adotar maneiras sutis de limitar a liberdade de expressão. Um interessante – e discutível – exemplo de censura nos oferece Robb (2006, p. 215) ao se referir ao modo como os produtores conseguem subvenções em dinheiro para a produção de seus filmes ou, principalmente, utilizam os bens militares (helicópteros, porta-aviões, soldados, etc.) para fazerem suas gravações, economizando milhares de dólares. Fica clara a censura prévia, nestes casos, quando as Forças Armadas impõem mudanças no conteúdo da obra, de tal sorte que mantêm o controle editorial do produto. Este fato ocorre com frequência em Hollywood.

No entanto, no que se refere ao Poder Judiciário, vê-se que o raciocínio deve ser outro. É que os membros de tal Poder têm garantias e funções dadas pela C.F. que não lhes permite buscar a manutenção de determinada ideologia, privilegiando determinados

segmentos em detrimento de outros. A garantia de vitaliciedade, ao contrário da temporariedade dos cargos do executivo, revela que eles não devem ter interesses outros que não o resguardo dos valores albergados pela Constituição Federal. Sua função lhes obriga a interpretar os fatos com os olhos voltados para o Texto Maior.

Quero dizer que o Juiz não deve ter preferências pessoais pela manutenção, ou não, de determinado pensamento ou opinião, pois sobrevivendo um ou outro, isto em nada influirá na continuidade de suas atividades jurisdicionais, devido a sua vitaliciedade. Não persegue ele a manipulação da opinião pública para que venha a continuar no poder, como é ínsito à atividade executiva. Também não pode ter tais preferências, pois a finalidade da atividade jurisdicional é resguardar os valores juridicizados pela Carta Magna, que já estão plasmados no Texto de 1988. Doa a quem doer, concordando ou discordando, deve preservá-los.

Os possíveis abusos de magistrados que, esquecendo a Carta Magna, procuram impor decisões com nítidos interesses sectários, devem ser corrigidos pelos instrumentos previstos no nosso ordenamento jurídico. Não nos esqueçamos que, na instância judiciária, a pessoa terá direito ao devido processo legal, aqui inclusos o princípio do contraditório e da ampla defesa, coisa que não possui quando está diante de atividade administrativa, principalmente quando o agente público possui o poder discricionário. Além disso, as decisões judiciais devem ser sempre fundamentadas, o que garante ao vencido na demanda questionar os seus fundamentos via recurso à instância superior para reanálise da decisão. Precisa é a lição de José Henrique Rodrigues (1994, p. 24-33) sobre o assunto:

Não há confundir censura com controle jurisdicional de legalidade. Confundir uma decisão judicial com censura, ainda que tal decisão imponha restrições à liberdade de

informação jornalística, significa negar os mais elementares princípios constitucionais que existem exatamente para garantir a democracia e o Estado de Direito [...] O Poder Judiciário, para intervir de qualquer forma na atividade da imprensa, de modo cautelar ou definitivo, mediante provocação prévia ou posterior [...] Como se evidencia, a atividade jurisdicional de controle constitucional da legalidade, a qual pode perfeitamente atingir a liberdade de informação jornalística, nada tem a ver com a odiosa, indesejável e autoritária censura...

Enfim a finalidade jurisdicional do Poder Judiciário e os instrumentos postos à disposição da pessoa para a garantia da sua liberdade de expressão são evidências que retiram seus atos da abrangência do conceito de censura.

Vejo que até mesmo os atos que impedem a veiculação da mensagem de forma prévia não se configuram em censura, isto em face do princípio da Inafastabilidade da Jurisdição contido no art. 5º, XXXV, C.F. que garante poderes ao Judiciário para apreciar até as ameaças de lesão a direitos. O fato de sermos signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que prevê em seu art. 13, 2, a proibição de censura prévia, assim como, o próprio teor do art. 5º, § 3º, da CF, alterado pela recente emenda constitucional nº 45, que garantiu a natureza de emenda constitucional para os tratados internacionais, também não afasta tal princípio, pois ele é um direito individual inscrito como cláusula pétrea, tendo em vista o contido no art. 60, § 4º, IV, C.F. Insisto, no entanto, que tal poder preventivo deve ser utilizado de modo excepcional e com bom senso.

Neste sentido caminha a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, conforme se vê pelo fundamento 5 da STC 187/1999, a saber:

Sin embargo, el rigor de la prohibición se dirige en principio con toda su intensidad

a la tradicionalmente denominada censura «gubernativa» y no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal, debidamente habilitado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión e información como se verá más adelante. En efecto, una cabal interpretación del veto constitucional a la censura dentro del ámbito de la libertad de expresión en todas sus manifestaciones, y sobre todo con la permisión del secuestro judicial (apartados 1, 3 y 4 del art. 20.2 CE), permite concluir que aquél no se extiende a todos los posibles supuestos de medidas restrictivas de tales libertades, que, de ser adoptadas por una institución distinta de la judicial, merecerían la consideración de «censura previa» en el sentido material o amplio indicado en los párrafos precedentes. Las propias cualidades de la función jurisdiccional, que constitucionalmente desempeñan quienes componen el Poder Judicial, y el hecho mismo de ser los principales garantes de los derechos fundamentales de los individuos (art. 53.2 y art. 117.4 CE), cierra la posibilidad de que la Ley o, en su caso, los propios Jueces y Tribunales en ausencia o al margen de ley puedan someter a previa autorización judicial el ejercicio de tales libertades, esto es, imponer cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio con carácter permanente, y respondiendo a criterios de oportunidad, constitutivas -ésas sí- de «censura previa» en su más evidente manifestación. Si la ley o, por su cuenta, un Juez así lo hicieren, infringirían el art. 20.1 y 2 CE, y el segundo, a falta de ley habilitante, quedaría extramuros también del art. 24 CE.

Já o Poder Legislativo, pelas mesmas razões do Executivo, pode, legislando em causa própria ou por interesses de alguns grupos, deflagrar normas que venham a restringir a veiculação das mensagens, podendo a vir a se caracterizar em censura. No entanto, como ele não tem um controle direto e imediato, tal qual o Executivo, seus atos podem facilmente ser corrigidos através do sistema de controle de constitucionalidade previsto na C.F., o que levaria a discussão ao Judiciário, recaindo na análise que se fez acima.

Por outro lado, não é só o Estado que pode praticar a censura. Veja-se que, no início, a igreja também o fazia. Daí se chega à inafastável conclusão de que, aquele que detém o poder de veicular as mensagens, também pode censurá-la. A Igreja só conseguiu ser agente de censura porque detinha a capacidade de efetivamente interferir, naquela época, no fluxo de informações, ideias e opiniões para a sociedade como um todo.

Do mesmo modo, hoje observamos que os MCM (meios de comunicação de massa) também possuem tal capacidade. Veremos adiante que o processo de industrialização também chegou à área da comunicação social. Hoje são necessários grandes investimentos financeiros para que se possa montar uma estrutura que consiga veicular as mensagens no âmbito de uma comunidade com a rapidez e eficiência que se esperam. Isto acabou por concentrar nas mãos de poucos o poder de criar um MCM, em regra, são os grandes detentores do capital ou o Estado, dependendo do sistema adotado por cada país.

O capitalista, como é normal em qualquer setor que adentre, está interessado em auferir, e, cada vez mais, aumentar seus lucros, além de manter a estrutura vigente que preserva a propriedade privada individual e dos meios de produção. Portanto fica claro que ele prima por manter uma ideologia que venha a favorecer seus interesses próprios, descuidando, por vezes, de sua função social de bem informar e formar.

Por outro lado, como a Administração Pública não pode interferir nos meios de comunicação social, acaba aliando-se a eles das mais diferentes formas possíveis a fim de que os interesses de ambos sejam conciliados: o MCM divulga imagem positiva do governo em troca de interesses econômicos próprios, v.g., empréstimos privilegiados em bancos estatais, veiculação de propaganda governamental que gerará renda para a emissora, etc. Não é à toa que inúmeros políticos do alto escalão são proprietários de emissoras de rádio

e televisão, assim como, não sendo proprietário, mantém estreita ligação com as grandes emissoras.

Aqui, portanto, vê-se que a liberdade de expressão está seriamente ameaçada de sofrer censura por dois motivos: interesses dos próprios MCM e interesses do governo que mantém parceria com o primeiro.

Em princípio, pode até parecer estranho a possibilidade do próprio MCM servir como órgão censório, mas insisto que tal ideia não é descabida, justamente porque ele efetivamente tem a capacidade de impedir ou restringir a veiculação de determinada mensagem, o que se transformará em censura sempre que ele não estiver visando à finalidade pública de seu serviço, e sim em preservar os interesses de determinado grupo social em detrimento dos demais. Isto é diferente do seu poder de selecionar as mensagens e de repassá-las da forma a atender melhor ao público. Róman Gubern (1980, p. 9) sustenta a existência de censura privada ao dizer que “En relación con el órgano o poder que ejerce la censura, ésta puede ser estatal o privada”.

Toda vez que o MCM se divorciar de sua função pública, não veiculando mensagens com a qualidade assegurada pela C.F., com nítida intenção de promover interesses próprios ou de outrem, que não os da sociedade e em detrimento desta, estará praticando a censura. Vejamos alguns entendimentos neste sentido:

Passada a ditadura militar, o retorno à Democracia aboliu todos os órgãos de censura. Saímos do extremo de “filtro em demasia” e fomos parar no extremo oposto, “nenhum filtro”. A consequência disso logo floresceu, deixamos de ser controlados pela polícia federal e passamos a ser controlados pelos diretores de rádio e de TV. Hoje eles fazem de nós tudo o que bem querem, nos induzindo a isso ou àquilo através do que denominam arte, cultura e entretenimento (programas de auditório, novelas, entrevistas manipuladas, reportagens tendenciosas, etc) (DUTRA, 2005). Censura é o uso pelo estado ou grupo de poder, no sentido de controlar e impedir a liberdade de expressão. A censura criminaliza certas ações de

comunicação, ou até a tentativa de exercer essa comunicação. No sentido moderno, a censura consiste em qualquer tentativa de suprimir informação, opiniões e até formas de expressão, como certas facetas da arte.

O propósito da censura está na manutenção do status quo, evitando alterações de pensamento num determinado grupo e a consequente vontade de mudança. Desta forma, a censura é muito vulgar entre certos grupos, como certas religiões, multinacionais e governos, como forma de manter o poder.

Pode a censura também ser entendida como a supressão de certos pontos de vista e opiniões diferentes, através da propaganda, manipulação dos média ou contra-informação. Estes métodos tendem a influenciar e manipular a opinião pública de forma a evitar que outras ideias, que não as predominantes tenham receptividade.

Uma forma moderna de censura prende-se com o acesso aos meios de comunicação e também com as entidades reguladoras (que atribuem alvarás de rádio e televisão), ou com critérios editoriais discricionários (em que por exemplo um jornal não publica uma determinada notícia) (CENSURA, 2005, grifos nossos).

No mesmo caminho, após advertir sobre a tendência dos grupos capitalistas visarem às programações que mais lhe tragam retorno financeiro, Vera Lopes assevera:

Portanto, faz-se necessário buscar não só a garantia de não existência da censura prévia de âmbito estatal, mas também de caráter privado, ou seja, aquela eventualmente feita pelos detentores de determinado meio de comunicação que, em função de interesses privados, não garantem o livre fluxo das informações, opiniões e interpretações (LOPES, 1997, p. 216).

É oportuno citar o “Project Censored”, criado em 1976 na Califórnia, que consiste em um grupo de investigação dos Estados Unidos sobre os meios de comunicação que propõem promover o papel de periodismo independente relevando as matérias

de interesse público que deveriam estar nas capas dos periódicos do mundo, no entanto, por motivos econômicos ou políticos, não foram devidamente divulgados. Todos os anos eles publicam as notícias mais censuradas.

Vamos citar dois exemplos difundidos pelo referido projeto (PHILLIPS, 2006, p. 24-29): o fato de que a origem do conflito entre Iran e Estados Unidos não é a atividade nuclear do primeiro, e sim porque este intenta fazer uma bolsa de petróleo com base no Euro (petroeuros), o que viria a causar grandes danos aos grandes comerciantes de petróleo que existem em Nova York e Londres, gerando uma séria crise do petrodólar com a caída do valor do dólar; também se podem citar os experimentos de remédios contra a AIDS em crianças negras e hispânicas em um hospital em Nova York.

A própria C.F., ao proibir toda e qualquer espécie de censura (art. 220, § 2º) já deixa claro que, seja quem for o agente (público ou privado), não se pode admiti-la. Insiste-se que, em momento algum, o constituinte restringiu a censura apenas aquela feita pelo Estado, pelo contrário usou termo genérico e abrangente (“toda e qualquer”) a demonstrar que o que importa é preservação do livre fluxo de informações, pensamentos e opiniões no seio da sociedade.

Na verdade tal censura se torna evidente quando observamos que, principalmente em nosso país, ainda não atingimos a última fase (quarta) de desenvolvimento do setor da comunicação social. Xifra Heras (apud LOPES, 1997, p. 181) ao resumir a evolução do direito à informação, que está invariavelmente ligado à evolução da comunicação acima acentuada, afirmou que o referido direito possui quatro fases: (1) a da censura no Estado Absolutista; (2) a segunda surge com o Estado de Direito, caracterizada pelos direitos de primeira dimensão; (3) a terceira que justificou a intervenção do Estado;

(4) a quarta que está voltada para a regulação dos MCM, a fim de que eles cumpram sua função social de informar com qualidade.

Esta fase tem a ver com os direitos humanos de quarta geração. Não se pode negar que os veículos de comunicação social hoje atuam no Brasil como se ainda estivessem na sua segunda fase, anunciando sempre as vantagens da imprensa livre, esquecendo-se dos seus abusos que prejudicam os direitos da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. Em nosso país os MCM ainda defendem com vigorosa força, quase sem oportunizar a divulgação de ideias antagônicas, a teoria da “livre circulação” de mensagens, que consiste, à semelhança da teoria da mão invisível de Adam Smith, na liberdade quase sem freio de se divulgar as mensagens para o próprio bem da sociedade. A comissão MacBride bem nos ensina sobre tal teoria:

a doutrina da ‘livre circulação’ foi utilizada freqüentemente como instrumento econômico e/ou ideológico pelos poderosos da comunicação, em detrimento dos menos dotados (UNESCO, 1983, p. 234).

É inegável que a comunicação social brasileira, em sua maioria, ainda é vertical e conformadora das ideias e comportamentos da população. Ela seleciona, avalia, exclui, inclui, enfim, filtra as mensagens e as veicula da forma que melhor lhe convém aos seus interesses. O usuário em nada interfere, mantendo numa passividade preocupante. Não temos qualquer ingerência sobre o que se veicula em nossos MCM.

Em outras palavras, é necessário que se democratize os meios de comunicação de tal sorte que o fluxo de mensagens deixe de ser vertical e unidirecional. O relatório da Unesco, ao se debruçar sobre o problema da comunicação social, é repetitivo em identificar, como um dos principais entraves para uma comunicação de qualidade, a ausência de participação dos usuários na programação dos MCM.

Pela importância e adequação ao tema, passo a transcrever alguns trechos do relatório:

A aplicação do princípio da livre circulação acarretou, pelas razões emitidas, uma circulação desequilibrada, chamada circulação de sentido único, isto é, uma corrente de notícias, dados, mensagens, programas e produtos culturais que vai quase exclusivamente dos países grandes para os pequenos dos que têm o poder e os meios tecnológicos para os que estão privados deles, dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento e, no plano nacional, do centro do poder para baixo (UNESCO, 1983, p. 238). Hoje em dia, prossegue a luta por estender os direitos humanos e conseguir com que o mundo das comunicações seja mais democrático que agora. Mas, na atual fase da luta, intervêm novos aspectos do conceito fundamental de liberdade. A exigência de circulação de dupla direção, de intercâmbio livre e de possibilidades de acesso e participação dão nova dimensão qualitativa às liberdades conquistadas sucessivamente no passado (UNESCO, 1983, p. 287).

Cumprido salientar que este relatório é oriundo de uma comissão criada pela ONU em 1977 formada por dezesseis membros de diversos países presidida por Sean MacBride (irlandês) para fazer um estudo internacional sobre a comunicação e informação mundial naquela época. Apesar da defasagem de tempo, ante a vertiginosa evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas, vê-se que ela já pregava a democratização dos MCM como forma de garantir a liberdade individual e o Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto se observa que a censura ainda é uma realidade no bojo da comunicação social, que não é de fácil solução. Não tem ela a ver com o exercício da função jurisdicional (censura "judicial"), mesmo quando o Judiciário atua de forma preventiva.

Nos tempos atuais, a censura está mais intimamente ligada aos interesses dos detentores dos MCM que estão relacionados com os de determinados grupos dominantes no âmbito de nossas sociedades, inclusive daqueles que detêm o poder estatal. Ao tachar toda e qualquer decisão judicial de censura, na verdade, os meios de comunicação social tentam evitar qualquer tipo de controle de suas atividades, por mais que este controle esteja em consonância com os mandamentos constitucionais, no intuito de desfrutar de uma liberdade sem limites, que dá ensejo, inclusive, à prática da censura privada.

Para evitar, ou pelo menos minorar, a censura privada é necessário que caminhemos rumo à democratização dos MCM, de tal sorte que a comunicação social seja multidirecional e os grupos minoritários, bem como, os cidadãos em geral também possam participar ativamente do livre fluxo de mensagens no mercado de ideias.

REFERÊNCIAS

- LZAGA VILLAMIL, Oscar. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996. t. 2.
- ASENJO BARROSO, P.; LÓPEZ TALAVERA, M.: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998. 267 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 472 p.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRILLO, Marc. *Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978: comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo. Datos Personales*, n. 6, dic. 2003. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/204643>>. Acesso em: 1 mayo 2007.

- CASTAN TOBEÑAS, J. *Los derechos del hombre*. Madrid: Réus, 1976.
- CARVALHO, L. G. *Castanho de Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- CENSURA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Censura>>. Acesso em: 21 abr. 2005.
- COMPARATO, F. Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DIAGONAL: *Censura con ñ*, Madrid, n. 44, de 21.12.2006 al 3.01.2007.
- DUTRA, V. *Censura ética e moral na TV*. Disponível em: <http://www.renascerebrasil.com.br/f_censura.htm>. Acesso em: 21 abr. 2005.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L. *Derecho de la información*. 3. ed. Madrid: Dikinson, 2004.
- FERREIRA FILHO, M. Gonçalves. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FONSECA, J. B. Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRAU, Roberto E. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 336 p.
- GUBERN, Román. *La censura: función política y ordenamiento jurídico bajo el franquismo (1936-1975)*. Barcelona: Península, 1980.
- GUTIÉRREZ GOÑI, L. *Derecho de rectificación y libertad de información: contenidos constitucionales, substantivos y procesal de la LO 2/84 de 26 de marzo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARCONDES, D. *Iniciação à história da filosofia: dos períodos pré-socráticos a Wittgenstein*. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2006.
- ANEVES, Iêdo B. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. 4. ed. Rio de Janeiro: FASE, 1991.
- PECES-BARBA, Gregorio; ASÍS ROIG, Rafael de; BARRANCO AVILÉS, María del Carmem. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. 365 p.
- PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- PHILLIPS, Peter M. *Censura 2006: las 25 noticias más censuradas*. Perugia: Nuovi Mondi Media, 2006. 382 p.
- PODESTÁ, F. Henrique. *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 19).
- POLO SABAU, José Ramón. *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 155 p.
- REY MORATO, Francisco Javier del. *Democracia y posmodernidad: teoría general de la información y comunicación política*. Madrid: Complutense, 1996.
- ROBB, David L. *Operación Hollywood: la censura del Pentágono*. Barcelona: Océano, 2006.
- ROVIRA VIÑAS, A.: *El abuso de los derechos fundamentales*. Barcelona: Península, 1983. 147 p.
- RUIZ BAUTISTA, Eduardo. *Los señores del libro: propagandistas, censores y bibliotecarios en el primer franquismo*. Gijón: Trea, 2005.
- SILVA, José Afonso. *Direitos da criança e liberdade de informação*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 188, p. 387-8, abr-jun. 1992.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. *A censura à imprensa e o controle jurisdicional de legalidade*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 705, p. 24-33, jul. 1994.
- UNESCO. *Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.



Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna Censura “Judicial” e Censura Privada

Resumo

Trata da cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo parágrafo único do artigo 927, do Código Civil. Estabelece diálogo entre o Direito Civil e o Direito Constitucional buscando a conexão que fundamenta a adoção de referida cláusula geral como mecanismo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais nas relações privadas. Identifica semelhanças de conteúdo entre os bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade e os bens jurídicos integrantes do núcleo dos direitos fundamentais. Reflete sobre as causas que dificultam ou provocam a resistência do judiciário em interpretar e em aplicar a cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade e sobre as alternativas possíveis de reverter esse quadro.

Palavras-chave

Princípio da dignidade de pessoa humana. Cláusula geral. Responsabilidade objetiva. Risco da atividade; Concretização de direitos. Interpretação judicial.

Abstract

This paper approaches the general clause of civil liability on the activity risk introduced into the Brazilian legal system by the sole paragraph of the 927 article of the Civil Code. It engages Civil and Constitutional Laws in dialogue seeking for a connection that substantiate the adoption of the mentioned clause as a mechanism of effectiveness of the principle of human dignity and the fundamental rights in private relations. It also identifies content similarities between the legally protected rights of personality and the legal integral components of the fundamental rights. This article also reflects on the motives that hinder or load resistance for the judiciary to interpret and apply the general clause of strict liability on the activity risk and the possible alternatives to reverse this situation.

Key words

Principle of human dignity. General clause. Strict liability. Activity risk. Effectiveness of rights. Judicial interpretation.

Reflexões sobre a Cláusula Geral da Responsabilidade Objetiva pelo Risco da Atividade como Mecanismo de Concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo Judiciário

Reflections over the general clause of objective civil liability on the activity risk as a mechanism of effectiveness of the principle of human dignity by the Judiciary power

Pastora do Socorro Teixeira Leal*
Alexandre Pereira Bonna**

* Professora de graduação e de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Pará (UFPA) e da Universidade da Amazônia (UNAMA), Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da Oitava Região (PA), graduada em Direito pela UFPA (1985), mestre em Direito pela UFPA (1998), doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo (2001) e pós-doutorado pela Universidade Carlos III de Madri-Espanha (2006). pastoraleal@uol.com.br

** Mestrando em Direitos Humanos e Relações Privadas pela UFPA e advogado.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo intenta levantar problemas, não tem o propósito imediato de apresentar soluções, mas sim de provocar a discussão sobre uma temática de acentuada importância teórica e prática.

Nos vinte e cinco anos da Constituição cidadã e na primeira década de vigência do Código Civil é importante refletir sobre o papel da legislação civil na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Na busca de instrumentos legais aptos a concretizar referido princípio é crucial que se reconheça a interface civil-constitucional da problemática e a eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Código Civil trouxe um grande número de inovações significativas para a tutela da pessoa humana.

Dentre as inovações, a cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco em conexão com a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade são mecanismos importantes para a garantia dos direitos fundamentais no plano infraconstitucional.

Considerando que o dano moral constitui lesão aos bens jurídicos integrantes do complexo dos direitos que tutelam a pessoa humana em sua projeção existencial (MORAES, 2006, p. 247), propomos que a responsabilidade civil seja o caminho para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Estamos nos referindo à responsabilidade civil objetiva por se tratar de mecanismo mais enfático de tutela numa sociedade massificada, em que a exposição ao risco é uma constante e o número de vítimas é cada vez maior.

Releva investigar e discutir se e como o novo mecanismo de tutela da pessoa humana está sendo

implementado, identificar os possíveis avanços, resistências e retrocessos e propor alternativas de superação dos possíveis obstáculos, com foco especial no papel da jurisprudência, tendo em vista que, na qualidade de cláusula geral, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil requer implementação gradualmente lapidada pelos juízes, sob pena de restar inutilizada e incapaz de satisfazer os fins a que se destina, qual seja, deslocar o acento da responsabilidade civil da pessoa do ofensor (culpabilidade) para a pessoa da vítima (vulnerabilidade ao dano) e possibilitar reparação civil de qualquer dano injusto. Destarte, importa adensar a noção de “dano injusto” como categoria jurídica que prescinde do elemento culpa, porque centrada na tutela da vítima, que não deve arcar com as consequências dos resultados danosos, especialmente em face do papel do risco crescente numa sociedade massificada e tecnológica.

2 A CLÁUSULA GERAL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE: PROBLEMATIZAÇÃO

A cláusula geral desloca do legislador para o intérprete o protagonismo. É um mecanismo de abertura do sistema introduzido pelo próprio legislador, que delega ao intérprete, no caso o julgador a atribuição de identificar se o suporte fático do caso concreto se enquadra no esquema genérico estabelecido na lei, como por exemplo, “atividade de risco” não enumerada na lei. Isto diante da constatação de que a legislação não é capaz de enumerar todas as hipóteses factuais de ocorrência, em face da complexidade da realidade, mas que é necessário tutelar de forma genérica os bens jurídicos e as relações que se insiram na moldura legal.

A cláusula geral funciona como estratégia hermenêutica na qual o magistrado, embora vinculado à lei, disporá de métodos interpretativos

que melhor atendam às variáveis do suporte fático do caso concreto, numa transição da justiça estrita para a justiça equitativa.

A cláusula geral é o oposto de uma formulação casuística. É uma hipótese de grande generalidade que abrange e submete a um mesmo tratamento jurídico todo um domínio de casos (ENGLISH, 1996, p. 229).

Neste sentido, o papel do juiz é de suma importância na complementação da norma jurídica. Perlingieri (1997, p. 27) acentua que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.”

Assim, a cláusula geral permite – com maior facilidade – a penetração de princípios constitucionais, sendo um instrumento eficaz para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, promovendo a unidade do ordenamento jurídico na perspectiva civil-constitucional e “viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 130).

A partir da leitura dos artigos 186 e 927, do Código Civil, percebe-se, que no campo da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, surgem dois fatores que arrimam o dever de reparar, a culpa e o risco, sendo que aquele cede cada vez mais espaço para este, haja vista o alto risco para a ocorrência de danos nas complexas relações existentes em nosso tempo, marcadas pelo avanço tecnológico, massificação do consumo, da produção e da utilização do trabalho do ser humano.

Pois bem, com o advento do Código Civil de 2002, o enquadramento da responsabilidade objetiva passou a ser de duas formas: nos casos especificados em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano, implicar riscos para outrem. O presente ensaio concentra-se nesta última.

Questão que divide opinião da doutrina que se debruça sobre o tema é a relativa ao significado de

atividade: se significa simples ação e/ou trabalho com um certo grau de risco ou implica a necessidade de vários atos organizados para um mesmo objetivo ou alcance, com certa habitualidade. Nesta última hipótese, a sistemática do Código Civil implicaria o seguinte raciocínio: as condutas isoladas estariam dentro do espectro da responsabilidade subjetiva e as condutas organizadas e praticadas com habitualidade para um determinado fim estariam dentro da responsabilidade objetiva. Outra discussão centra-se na questão se a atividade de risco para fins de aplicação da responsabilidade objetiva deve ser necessariamente lucrativa.

Mutatis mutandis, a expressão atividade de risco, suficiente para atrair a aplicação da responsabilidade objetiva, deve ser entendida de forma ampla e em harmonia com os ditames constitucionais, como ensina Giordani (*apud*, MARANHÃO, 2010, p. 266): “toda atividade desenvolvida, profissional ou não, econômica ou não, seja recreativa, esportiva ou de mero lazer, desde que por sua própria natureza produza riscos para o direito de outrem.”

A questão do alargamento da ideia de atividade de risco é importante porque os atores sociais tendem a raciocinar de modo a não se dar conta do que existe de imprevisível, ou melhor, do que as atividades desenvolvidas pelos mesmos podem acarretar de prejuízo às pessoas, sendo imperioso o reconhecimento desta cláusula geral de responsabilidade objetiva no afã de reconhecer que vivemos em uma sociedade de alto risco e que muitas atividades podem ocasionar enormes prejuízos. Embora estes não sejam previsíveis, pelo simples fato de ocorrerem, ao menos esporadicamente, já permitem afirmar que estão compreendidos no “risco”. Esta lógica – denominada de Lógica do Cisne Negro por Nicholas Nassim Taleb - é assim explicada:

[...] o que muitas pessoas rotulam e ao que atribuem valor sendo “desconhecido”,

“improvável” ou “incerto” não representa a mesma coisa para mim – não é uma categoria que precisa do conhecimento, uma área nerdificada, e sim o oposto disso: é a ausência (e limitações) do conhecimento (TALEB, 2008, p. 19).

O altamente improvável deve ser compreendido dentro do conceito de risco, pois o *outlier* – que representa dados espúrios em uma amostra estática – pode ocorrer, mesmo que seja improvável. É esse altamente improvável que acarreta os maiores danos às pessoas humanas. Essa intuição de algo ser altamente improvável, com baixa previsibilidade, é que o torna com efeito devastador.

O risco tem sido visto sob uma lente que não enxerga o cisne negro, ou seja, a possibilidade de ocorrência do altamente improvável, motivo pelo qual se tornam injustas algumas decisões judiciais centradas fortemente na questão da inexistência do dever de indenizar por ausência de culpa. Somente após a ocorrência do fato altamente improvável, é que este se torna remediável, explicável e previsível.

Historicamente, a cláusula geral da responsabilidade subjetiva tem sido o marco regulatório dos danos, construído e assentado na culpa e na exigência de sua comprovação. Contudo, o vertiginoso aumento no número das vítimas de danos, no contexto de uma sociedade tecnológica e complexa, caracterizada pela incerteza, impulsionou a revisão dos parâmetros de responsabilização civil, culminando pela reformulação da matriz legal para inserir no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva, quando o dano resulte da exposição à atividade de risco, sem tipificar tais atividades, remetendo ao intérprete essa tarefa, pela via da cláusula geral.

A responsabilidade civil subjetiva, assentada na necessidade de comprovação da culpa, tornou-se insuficiente para tutelar o “exército de vítimas” de danos decorrentes de atividades de risco. Isto

porque a exigência de demonstração pela vítima da culpabilidade do autor do dano pode ser impossível, extremamente difícil e onerosa : a) impossível porque o aparato científico existente não tem dado conta de prever ou de aferir a existência do nexos causalidade entre a atividade e o resultado danoso, até porque a cadeia causal transita por diversas possibilidades de autoria, tendo em vista o grande número de agentes envolvidos no processo; b) extremamente difícil porque exige uma série de procedimentos técnicos de domínio restrito; e, c) onerosa não somente no aspecto econômico, já que é a vítima quem tem de custear todas as despesas, especialmente as periciais, como também no aspecto processual de acesso à justiça já que os entraves endoprocessuais e extraprocessuais são significativos provocando descrédito no aparato judiciário. De outra banda, a mera inversão do ônus da prova não é a solução, já que basta ao autor do dano demonstrar que não agira com culpa para que se esvaia a responsabilidade, que muitas das vezes é deslocada para a sociedade, que tem de assumir esse encargo trazendo elevada sobrecarga social com o aumento dos custos como ocorre, por exemplo, no setor previdenciário.

Neste cenário, a inserção no texto legal da responsabilidade civil objetiva, calcada no risco da atividade, como previsto no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil: *"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"*, além de introduzir um novo modelo regulatório, vem viabilizar um novo olhar sobre a problemática, uma vez que o enfoque agora se desloca para o ônus do autor do dano de demonstrar a inexistência do nexos causal ou do risco da atividade, pois é este que tem melhores possibilidades técnico-científicas de demonstração e de comprovação.

Embora "atividade de risco" ainda seja um conceito jurídico em construção, o fato é que vítimas

são produzidas todos os dias e tem de ser tuteladas com mais eficiência pelo sistema jurídico.

A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, como novo marco regulatório, requer a revisão das perspectivas tradicionais de interpretação e de aplicação da responsabilidade civil calcada na "culpa", à qual mentalidade e formação dos intérpretes estão vinculadas, o que tem servido de barreira e dificultado a implementação jurisprudencial de novos parâmetros na avaliação dos litígios sobre a matéria, diante da insuficiência de critérios hermenêuticos nesse contexto de significativas alterações legislativas, resultado dos desafios sociais, econômicos e políticos de uma sociedade complexa.

A implementação e a concretização da cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade vem sofrendo grande resistência, em face da mentalidade dos intérpretes e dos aplicadores do Direito, em especial do judiciário, arraigada na ideia de que sem demonstração de culpabilidade não há como responsabilizar civilmente, exceto nos casos expressos em lei, fruto da formação e da conformação dos cursos jurídicos nesse viés.

Os requisitos da antijuridicidade e da culpabilidade, ainda pincelados em parte da doutrina e em decisões judiciais, estão se tornando obsoletos, na medida em que há uma tendência no Direito Civil Constitucionalizado para a possibilidade de reparação de todo e qualquer dano injusto, em nada influenciando se o ato foi lícito ou ilícito e se o agente agiu com ou sem culpa para fins de responsabilidade civil, conforme bem observa Eugênio Facchini Neto (2008, p. 54):

[...] a nova responsabilidade civil tem compromisso com as vítimas, buscando garantir a reparação/compensação de qualquer dano injusto, relativizando-se a visão clássica que partia do enfoque sobre o agente causador do dano e que sempre exigia a presença de culpa.

Esse pano de fundo, que exige apenas a demonstração do dano e do nexo causal para a configuração do dever de indenizar foi ensejado, por um lado, pela constatação de que recaía sobre a vítima o ônus de promover prova diabólica para caracterizar a culpa do agente, e, por outro lado pelo aumento significativo do número de acidentes, posto o “avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana” (DINIZ, 2007, p. 3).

Desta forma, com a necessidade de readequação dos institutos do Direito Civil para o fim de se harmonizar com os valores constitucionais, sendo o principal deles o da dignidade da pessoa humana, surge um imperativo para o aprimoramento do regime de responsabilidade civil apto à imediata prevenção ou, reparação de forma ampla e em harmonia com o Texto Supremo, sendo a reparação por danos morais uma faceta de proteção da dignidade da pessoa humana na esfera extrapatrimonial.

Como pontos de partida para pensar a responsabilidade objetiva pela atividade de risco como mecanismo de tutela da pessoa humana propõe-se que se investigue, identifique-se e construa-se um direcionamento teórico que possa contribuir para se repensar algumas questões importantes, dentre elas: a) a adoção da premissa de que a pessoa humana é valor-fonte do direito, traduzido no princípio da dignidade da pessoa humana; b) a relevância ao acento constitucional dos direitos da personalidade como direitos fundamentais; c) a eticidade como fundamento das normas civis; d) a consideração de que os danos não devem ser suportados pelo exército de vítimas, uma vez que a causa final ou fator de atribuição ou de imputação da responsabilização civil é a proteção de bens e de interesses materiais e imateriais, calcado na ideia de justiça assentada no imperativo da coexistência e da confiança social, bases do solidarismo jurídico; e) a doutrina da eficácia

dos direitos fundamentais nas relações privadas, em face da superação das fronteiras entre o público e o privado e da constatação de que as formas de poder privado apresentam poder ofensivo a direitos equivalentes ao do poder público, vem contribuindo para a concretização de direitos, sem que se precise do recurso às questões de políticas públicas e de insuficiência de recursos estatais; f) a viabilidade de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, inserida há uma década no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, contribuir para a funcionalização do direito, como relevante e amplo mecanismo de tutela; e, g) o impacto das cláusulas gerais, em especial da responsabilidade objetiva pela atividade de risco na interpretação e na aplicação do Direito pelo judiciário.

Além do cenário de insuficiência teórica e de agigantamento de demandas de danos, outra questão preocupante é a notória incoerência, confusão e instabilidade jurisprudencial contida nos argumentos que fundamentam decisões que envolvem a interpretação e a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Problemática que reside em dois aspectos relevantes: o primeiro de natureza endoprocessual e o segundo de natureza extraprocessual.

Quanto ao aspecto endoprocessual, sobressaem as dificuldades do julgador em delimitar e em avaliar em que medida os elementos probatórios revelam a existência do suporte fático e de ajustá-lo à hipótese legal respectiva ensejadora de responsabilização civil. Neste ponto, releva o exame do uso dos argumentos contidos na motivação da decisão e de sua adequação aos requisitos de racionalidade em matéria processual e procedimental. No que tange ao aspecto extraprocessual, releva fazer o cotejo entre os argumentos contidos em uma amostra de várias decisões sobre a mesma matéria e com suportes fáticos semelhantes, a fim de identificar quantitativa e qualitativamente quais os pontos divergentes e

incoerentes. Neste aspecto, importa examinar: a) se o julgador apresenta argumentos que revelem suficiente e adequado conhecimento teórico; b) se a dificuldade na apresentação dos argumentos resulta da deficiente e/ou escassa sistematização doutrinária acerca da responsabilidade civil objetiva; c) se os argumentos utilizados revelam desconhecimento teórico ou mera resistência advinda de rígidos vínculos à matriz teórica fundada da responsabilidade subjetiva, resultado da racionalidade jurídica tradicional, que advém de critérios de cientificidade decorrentes do paradigma positivista formal¹.

Essa problemática requer a análise e a reflexão orientada por quatro eixos que se entrecruzam, a saber: a) a sistematização teórica da cláusula geral da responsabilidade pelo risco da atividade, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ainda extremamente deficitária e carente de aprofundamento; b) a identificação do uso racional dos argumentos e do modelo de racionalidade adotados pelo judiciário, prática ainda não implementada pelos cursos jurídicos; c) a adequação dos argumentos ao material teórico que fundamenta a responsabilidade civil, em especial a objetiva; e; d) a viabilidade de adoção dos elementos teóricos da cláusula geral da responsabilidade objetiva, como mecanismo relevante para a concretização de direitos fundamentais nas relações privadas, em especial, naquelas que tenham como bens jurídicos direitos da personalidade.

O recorte centrado nos direitos da personalidade resulta do fato de que a tutela destes, no plano privado, nada mais é do que a tutela de direitos fundamentais, porquanto a construção e a garantia dos direitos fundamentais no plano público tiveram e têm por fundamento a contenção do poder estatal.

¹ Projetos de pesquisa coordenados pela autora tratam dessa problemática (na UFPA intitulado "A cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade como mecanismo de concretização de direitos fundamentais na visão do judiciário brasileiro: resistência ou adesão?" e na UNAMA intitulado "A responsabilidade civil como categoria de concretização dos direitos fundamentais na jurisprudência dos tribunais: uma perspectiva hermenêutica").

Na sociedade contemporânea impõe-se buscar mecanismos de proteção em face do poder privado que se tem revelado tanto ou mais ameaçador e agressivo que o poder público, quer o grande poder privado, a exemplo das multinacionais, quer aquele poder privado que, embora reduzido em dimensão, penetra e se esconde na miríade das relações jurídicas, que impõem igual contenção, como no caso das relações laborais e das familiares².

Partimos da premissa de que teorização existente em matéria de responsabilidade civil, calcada na racionalidade tradicional, resultante do formalismo positivista, não está suficientemente estruturada para dar conta de fornecer critérios interpretativos da cláusula geral de responsabilidade civil pelo risco da atividade, inserida no parágrafo único, do art.927 do Código Civil brasileiro, fator que contribui para as contradições e incoerências jurisprudenciais sobre a matéria e insegurança jurídica dos jurisdicionados.

Diante desse cenário é importante que se investigue quais as variáveis que podem servir para identificar critérios interpretativos que possam contribuir para orientar os julgamentos tornando-os mais coerentes e menos confusos e instáveis, quer do ponto de vista processual, quer do ponto de vista teórico em matéria de responsabilidade civil objetiva.

Os limites desse artigo não nos permitem desenvolver todas as reflexões apontadas, razão pela qual nos centraremos de forma pontual em apenas alguns deles, com o intento de incitar seu aprofundamento e a construção de ideias que possam contribuir para a implementação de soluções teóricas e práticas.

² Como no caso do "abandono afetivo". Acórdão n. 15890657. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recurso Especial – Família – Abandono afetivo – Compensação por dano moral – Possibilidade. Recurso especial parcialmente provido.

3 O DIÁLOGO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A CLÁUSULA GERAL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vivemos numa época de intensa evocação à proteção aos direitos humanos (direitos fundamentais no plano interno), mas paradoxalmente constatamos a intensidade das violações, da precarização e até mesmo da indiferença a tais direitos. Os veículos de comunicação de massa noticiam flagrantes de ofensas aos direitos da pessoa humana e, por vezes, a própria divulgação caracteriza mencionada ofensa. A sociedade assiste, perplexa, aos setores jurídicos que, na sua maioria, mantêm-se arraigados a rituais obsoletos.

Nesse panorama, vale frisar que as violações aos direitos fundamentais (direitos humanos no plano interno) ocorrem não somente nas relações indivíduo-Estado, mas também nas relações interprivadas. Aliás, pondera Bilbao Ubbillos (1997, p. 243), que *“los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público.”*

Assim, o Direito não pode fechar os olhos para o fenômeno do Poder Privado e deve promover uma resposta, a partir da cláusula geral de responsabilidade objetiva, que promova a reparação de qualquer dano injusto e concretize o princípio da dignidade da pessoa humana.

A maneira pela qual se concebe a Constituição está umbilicalmente relacionada à questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois, para se chegar a este raciocínio, deve-se entender o Texto Supremo como fonte direta e imediata de direitos, nos termos do que dispõe o seu parágrafo 1º do artigo 5º: *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”*

Desta forma, a Constituição Federal é o centro do direito privado e não se restringe mais, como outrora, a regular a atividade do Estado e a organização do mesmo, uma vez que ocupa o centro do direito privado e é responsável por dotar de unidade e sentido todo o ordenamento jurídico, devendo a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade (parágrafo único do artigo 927, do Código Civil) ser interpretada de modo a concretizar princípios da Constituição, conforme assevera Bilbao Ubbillos (1997, p. 260):

La reconstrucción del ordenamento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución. Se há incluso, no sin certa exageración, que el ordenamento jurídico en su conjunto ya está contenido – al nivel de las normas-principios com tendencia de optimización – em la Constitución, sólo necessita de la concretización.

O panorama acima reportado exige posturas dirigidas à conscientização dessa problemática e à busca de alternativas sociais e jurídicas de promoção de uma cultura humanizadora do Direito, concentrada especialmente no papel do juiz – na interpretação da cláusula geral de responsabilidade objetiva – e dos atores sociais – com a conscientização da necessidade de prevenção dos riscos de suas atividades, com o fulcro de evitar violações aos direitos de outrem.

A legislação é pródiga, embora ainda se exijam substanciais avanços normativos, a teoria é incipiente e tímida e a jurisprudência, *locus* onde desaguam os problemas, é oscilante. Resultado disso é a insegurança, a sensação social e objetiva de impunidade e a desconfiança e o descrédito nas instituições públicas e privadas em cumprir seus papéis.

O conhecimento jurídico pressupõe a (re) ligação entre o abstrato e o concreto. Entenda-se por (re)ligação do abstrato ao concreto e vice-versa, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas ao caso concreto e as demandas concretas exigindo

atualização normativa. Ao ator jurídico não é facultado ficar apenas no campo das elucubrações, tampouco ater-se ao empirismo estrito.

Aos atores jurídicos em sentido amplo (sociedade, poderes públicos, ocupantes das carreiras jurídicas, professores e estudantes de Direito) é atribuído o ingente mister de buscar soluções teóricas e práticas para atender às demandas sociais, especialmente aquelas pertinentes à garantia de interesses existenciais, entendidos como tais aqueles integrantes do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico e normativo do sistema jurídico brasileiro, consagrado no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como princípio que é, tem a pretensão de abarcar infinitas possibilidades de tutela de interesses existenciais, daí apresentar maior grau de abstração, o que exige ampliados esforços argumentativos para a sua aplicação às relações interpessoais.

A importância de dotar de máxima eficácia o princípio da dignidade da pessoa humana é o incremento do valor do respeito à dignidade nas relações interprivadas, já que *"el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores"* (ALEXY, 1997, p. 138).

Uma das funções mais importantes dos princípios jurídicos é a hermenêutica, pois os princípios jurídicos são o sustentáculo da ordem jurídica, bem como orientam a produção, a interpretação e a aplicação da mesma, inclusive no que tange as regras jurídicas. Nesse sentido, a interpretação da regra jurídica deve

guardar consonância com os princípios e quando se admitir mais de uma interpretação, deve prevalecer aquela que mais se acomoda com os princípios.

Como corolário dessa função hermenêutica, surge a função de legitimar uma determinada opção interpretativa, conforme explica Soares (2010, p. 68):

Decerto, pode-se dizer que os princípios jurídicos funcionam como padrão de legitimidade de uma opção interpretativa. É que os princípios despontam como imposições axiológicas capazes de conferir força de convencimento às decisões jurídicas. Quanto mais o operador do Direito procura torná-los eficazes, no deslinde dos conflitos de interesses, mais legítima tenderá a ser a interpretação e a posterior decisão.

Desta forma, as decisões judiciais que versem sobre responsabilidade objetiva pelo risco que utilizarem o princípio da dignidade da pessoa humana estarão legitimadas por este princípio, que será concretizado a partir da respectiva cláusula.

Assim sendo, a concretização do princípio da dignidade da pessoa pode ser facilitada pelo recurso aos mecanismos jurídicos presentes na legislação infraconstitucional. Referimo-nos aqui, em especial, às normas civis em sentido amplo, ou seja, não somente àquelas inseridas no texto do Código Civil, como também àquelas presentes nos demais diplomas jurídicos do Direito Privado (como categoria didática), dentre os quais se pode apontar, a título exemplificativo, o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho, dentre outros.

A sistematização teórica (o abstrato), que contribuirá para o estímulo e o aprimoramento prático de uma cultura social e jurídica de proteção à pessoa humana, requer o estabelecimento de diálogos entre o Direito Civil (privado) e o Direito Constitucional, os quais tradicionalmente não vinham sendo estudados numa dialética de complementariedade.

É necessário, portanto, considerar a interface entre esses ramos do Direito. Entendido o termo

interface no seu dúplice aspecto: a) como substantivo que revela os estreitos limites comuns; a fronteira entre regiões adjacentes; a interação entre sistemas aparentemente independentes; o ponto de interação ou de comunicação; a interconexão entre campos de estudo; e, b) como verbo que indica cooperar, trocar informações, interagir. O termo interface no seu aspecto substantivo implica a “consciência” do intérprete das interações civis-constitucionais e, no seu aspecto verbal, a necessidade da “ação cooperativa” de interação na interpretação e na aplicação das categorias jurídicas de forma interconectada e reforçada, em face da elevação ao *status* constitucional daquelas categorias as quais antes não se reconhecia a importância de serem mecanismos aptos a concretizar direitos humanos, como é o caso da “responsabilidade civil”. Atitudes que somadas e multiplicadas resultarão numa cultura e numa prática jurídica de conscientização acerca da importância da concretização da tutela dos direitos fundamentais (direitos humanos no plano do sistema jurídico interno) e dos interesses existenciais, reveladora do reconhecimento da importância da pessoa humana como fim e não como meio. À responsabilidade civil, que antes ocupava um lugar secundário, como capítulo do Direito das Obrigações, deve-se reconhecer sua importância como sendo um dos fenômenos jurídicos mais importantes da contemporaneidade.

A democracia exige a máxima eficácia do texto constitucional, como aspiração de transformação e de inclusão social, pois as normas constitucionais são fruto de amplo debate em Assembleia Nacional Constituinte, com forte participação popular, em contraste com as leis ordinárias. Nessa linha de raciocínio revela-se de suma importância a conscientização da sociedade e, mais especificamente, dos setores jurídicos públicos e privados (judiciário, associações de magistrados, ordem dos advogados, administração pública, defensoria pública, núcleos

de prática jurídica, meios de comunicação, escolas e demais instituições que tratem da problemática dos direitos fundamentais (humanos) e interesses existenciais), no sentido de avançar na disseminação, na construção, na formação e na vivência de uma cultura social e jurídica humanizante, colocando em xeque os efeitos deletérios: das práticas jurídicas formalistas; das representações coletivas sobre a impunidade; da banalização do mal e do descrédito do poder público de realizar a justiça, dentre outros.

É importante viabilizar espaços para a vivência e a disseminação das possibilidades de utilização de mecanismos jurídicos aptos a concretizar a tutela da dignidade da pessoa humana.

Para fazer face à garantia do exército de vítimas de danos produzido por uma sociedade complexa e de risco, há mecanismos presentes no sistema jurídico brasileiro, em especial, no Direito Civil em interconexão com o Direito Constitucional, como é a hipótese da “responsabilidade civil”, categoria jurídica privada elevada ao *status* constitucional, o que lhe confere maior força normativa, especialmente pelas disposições contidas no art.5º, incisos V e X, da Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

A cláusula geral da responsabilidade civil pelo risco da atividade representa importante e imprescindível mecanismo de tutela de direitos, especialmente dos direitos fundamentais da personalidade.

Os direitos da personalidade são na esfera privada o correspondente aos direitos fundamentais na esfera pública. A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é uma das categorias que atesta a superação da fronteira entre o público e o privado. Implica dizer, a garantia e a tutela judicial dos direitos da personalidade representam a concretização dos direitos fundamentais. A relevância dessa tutela está expressa no reconhecimento do direito à indenização por danos morais no texto constitucional (incisos V e X, do art. 5º), tutela que antes de 1988 era objeto de enorme controvérsia quanto a sua possibilidade jurídica.

4 A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO JUDICIÁRIO: PROBLEMATIZAÇÃO

É fato a existência de um enorme contingente de vítimas desprotegidas juridicamente, fruto de agressões resultantes da convivência social e econômica no contexto de uma sociedade contemporânea complexa e de risco. Vítimas excluídas e relegadas à própria sorte, em virtude da hesitação ou da resistência de setores jurídicos, como judiciário, em aceitar a reformulação das premissas tradicionais de interpretação e de aplicação da responsabilidade civil objetiva.

O foco tradicional de tutela ainda reside na visão clássica da responsabilidade subjetiva que requer, muitas das vezes, provas impossíveis de serem produzidas pelas vítimas o que inviabiliza a reparação.

Investigando-se a literatura jurídica atinente à matéria, encontram-se evidências da prevalência do paradigma de racionalidade positivista formalista que se recusa a considerar relevantes os fundamentos que justificaram a inserção no Código Civil da cláusula geral de responsabilidade objetiva, que amplia o leque de possibilidades interpretativas conferidas ao juiz.

Em matéria de responsabilidade civil é patente, notória e frequente a dificuldade enfrentada pelo Judiciário brasileiro em decidir com base em critérios coerentes, sólidos e uniformes.

Ao confrontar-se julgados, é possível identificar-se hesitação, dificuldades de enquadramento fático e jurídico da problemática e diversidade de soluções para casos semelhantes, o que agrava a insegurança jurídica. Investigar as bases ou raízes dessa problemática é de fundamental importância, no sentido de se buscar mecanismos e critérios que possam trazer racionalidade aos julgados.

Supõe-se que dentre as causas dessa heterogeneidade e disparidade de interpretações esteja uma arraigada cultura jurídica baseada no positivismo formalista, resultado do paradigma tradicional do pensamento e da prática jurídica que exige revisão em face da realidade complexa da sociedade contemporânea.

A construção doutrinária e, via de consequência a jurisprudencial, sob a qual se assenta o paradigma tradicional que orienta interpretação da responsabilidade civil, ainda está fortemente calcada na teoria da culpa e apresenta acentuada resistência em rever seus pressupostos, no sentido de admitir a adoção da teoria do risco advinda da revisão dos fundamentos da responsabilização jurídica. Por esta razão, a previsão contida no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, representa um grande desafio, uma vez que cria cláusula geral ampliadora dos poderes interpretativos do juiz, conforme acentua Maranhão (2010, p. 256):

cabendo ao juiz e ao doutrinador, mediante um critério de sopesamento jurídico, captar na sociedade, pelos canais da sentença e da academia, os relevantes casos em que o dever de reparar o prejuízo independe de qualquer ingerência culposa do agente. Quer dizer: as circunstâncias do risco acentuado, plenamente enquadráveis na moldura do artigo 927, parágrafo

único, do Código Civil, serão mesmo granjeadas em meio às introvertidas reflexões de gabinete e ao profícuo diálogo travado em sala de aula.

Em busca de critérios delimitadores do conteúdo, da extensão e do alcance de mencionada cláusula geral, que possam servir de baliza para orientar doutrinadores e julgadores realizamos pesquisa no intento de contribuir no propósito de religar teoria e prática e de ajustá-las às demandas da sociedade contemporânea, complexa e de risco. Trata-se de uma temática transversal, pois parte da constatação da hesitação, incoerência e contradição de decisões judiciais em matéria de responsabilidade civil para, em seguida, identificar as possíveis causas do problema. Em busca das causas, importante enveredar pela racionalidade jurídica que permeia tais decisões e pela doutrina que as sustenta.

Nesse panorama, a substituição do paradigma tradicional pelo humanista pode contribuir para minorar ou afastar a resistência de intérpretes jurídicos, especialmente magistrados, e guiá-los diante do desafio teórico e prático trazido pela adoção da teoria do risco como cláusula geral de interpretação da responsabilidade civil, introduzida pelo parágrafo único, do artigo 927 do Código Civil e o que ela representa ou pode representar para a concretização de direitos, especialmente os fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Devido aos limites e aos objetivos desse estudo, priorizamos a concisão na apresentação das ideias.

Optamos por ir "direto ao ponto", sem nos determos demasiado em citações e em aprofundamentos conceituais, uma vez que o propósito não foi o de apresentar respostas prontas, mas de fazer diagnósticos, abrir caminhos ou tentativas de solução, repensar a teoria e a prática no momento em que se constata a perplexidade da sociedade contemporânea diante das incertezas

advindas de vertiginosas mudanças nos mais variados setores, dentre eles o jurídico que se depara com a desarticulação e a desarrumação de valores tão caros para o ser humano, como é o do respeito à dignidade da pessoa humana.

Ao intérprete do Direito impõe-se a difícil tarefa de religar o abstrato à concretude das relações humanas, que é a de viabilizar a máxima eficácia aos comandos constitucionais, a partir da premissa de que toda a legislação infraconstitucional deve ser aplicada conforme a Constituição.

O paradigma de racionalidade tradicional calcado no formalismo positivista, com base no qual se estruturou a interpretação da responsabilidade civil é insuficiente e precário para orientar a aplicação da cláusula geral da responsabilidade civil pelo risco da atividade e representa fator determinante para a resistência do judiciário em avançar no implemento da tutela e da concretização de direitos, especialmente dos direitos fundamentais e da personalidade.

A adesão ou a resistência do judiciário brasileiro em implementar a concretização da cláusula geral da responsabilidade objetiva pela atividade de risco depende do modelo de racionalidade que guia a interpretação e a aplicação do Direito e que infelizmente ainda é a racionalidade positivista formal.

A construção doutrinária e, via de consequência, a jurisprudencial, sobre a qual se assenta o paradigma tradicional que orienta a interpretação da responsabilidade civil, ainda está fortemente calcada na teoria da culpa e apresenta acentuada resistência em rever seus pressupostos, no sentido de admitir a adoção da teoria do risco advinda da revisão dos fundamentos da responsabilização jurídica. Por esta razão, a previsão contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil representa um grande desafio, uma vez que cria cláusula geral ampliadora dos poderes interpretativos do julgador que não tem material teórico suficiente e eficiente para enfrentar a contento tal desafio, até porque não está conscientizado da

relevância e da importância dessa ferramenta jurídica para tutelar a pessoa humana.

Enquanto não revisado o paradigma e nem disseminadas as possibilidades do novo marco regulatório, correremos um risco acentuado de, malgrado os avanços legislativos, continuarmos parados na sua concretização, em detrimento do cidadão, destinatário da tutela jurídica efetiva.

O pensamento jurídico tradicional resulta do paradigma da cientificidade, ideal moderno de racionalidade que se preocupa muito mais com a tecnicidade do direito, com a objetividade, com a exatidão e que exclui considerações sobre a justiça.

Nessa linha de raciocínio, a construção das decisões judiciais também refletirão tais ideais, a razão se limita a conhecer e a aplicar fórmulas, típicas do positivismo jurídico, que negam a racionalidade prática, a correção das decisões por critérios de equidade.

A atuação judicial, como toda atuação humana, decorre e assenta-se em esquemas de pensamento consolidados e que, via de regra, são ensinados nos cursos de formação jurídica. Contudo, hoje se constata o esgotamento do esquemas teóricos clássicos para dar conta da realidade mutante e complexa.

É preciso a adequação das decisões judiciais à complexidade da sociedade hodierna, o que pressupõe a consideração da contingência e a vinculação do pensamento à ação, nem arbitrariedade, nem irracionalidade.

Hoje se reivindica a efetividade, leia-se justiça.

Desta feita, dotar de concretude a norma infraconstitucional correspondente ao parágrafo único do artigo 927 significa promover um avanço na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que cada vez menos as vítimas de danos injustos fiquem alijadas da tutela jurisdicional. Nessa linha de raciocínio as cláusulas gerais funcionam como possibilidades e como vetores para concretizar os valores jurídicos que tutelam a pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*. Aula proferida na Escola Paulista de Magistratura, em 22 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31990-37511-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.
- ENGLISH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Granada: Comares, 2004.
- _____. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Método, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2012.
- _____. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233- 258, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf>. Acesso em: 01/11/2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SANTANA, Ágatha Gonçalves. *Os direitos fundamentais como limite ao poder privado*. Belém: Labor, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Ricardo. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011. (Col. Prof. Rubens Limongi França, v. 10).

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas, SP : Papyrus, 2002.



Jonas da Conceição Silva

Trabalho do Egresso em Regime Aberto para Fins de Remição de Pena e Ressocialização: análise da Lei nº 12.433, de 29.06.2011 e da jurisprudência

Resumo

O presente artigo tem o propósito de apresentar questionamento sobre a diferença de tratamento legislativo e jurisprudencial quanto ao benefício da remição por estudo e trabalho no que se refere ao regime aberto e livramento condicional dos apenados.

Palavras-chave

Remição. Pena. Trabalho. Egresso. Regime aberto. Ressocialização. Análise jurisprudencial. Lei nº 12.433, de 29.06.2011.

Abstract

The present paper aims to problematize the difference involving legislative and jurisprudential treatment in terms of the benefit ensued as a result of the penalty redemption due to study and work in what concerns the open regime and parole services for convicts.

Key words

Redemption. Penalty. Work penalty. Egress. Open regime. Ressocialization. Jurisprudential analysis. Law No. 12.433; 29.06.2011.

Trabalho do Egresso em Regime Aberto para Fins de Remição de Pena e Ressocialização: análise da Lei nº 12.433, de 29.06.2011 e da jurisprudência

The Work of Convicts in Open Regime for the Purpose of Resocialization and Penalty Redemption: analysis of the law nº. 12.433 of 29.06.2011 and the jurisprudence

Jonas da Conceição Silva *

* Juiz de Direito, titular da Vara de Execução Penal de Marabá/Pará, desde 20.07.2009. Especialista em Direito de Estado, Direito Agrário e Pós-graduando em Direito Agroambiental e Mineral. silvacjonas@ig.com.br

1 INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido pelo apenado em quaisquer dos regimes tem por objetivo básico sua ressocialização, interpretação que deve ser sempre buscada pelo operador do direito como forma de pôr em prática os fins postos pelo legislador e dar concretude aos princípios da Lei de Execução Penal, Constituição Federal e normas de organismos internacionais.

A remição pelo trabalho foi proposta inovadora na nossa Lei de Execução Penal - LEP (Lei nº 7.210, de 11.07.1984). O instituto, conforme exposição de motivos do projeto de lei, foi consagrado pelo Código Penal Espanhol (art. 100) e teve origem naquele país através do Direito Penal Militar da Guerra Civil, estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. A partir de 14 de março de 1939, o benefício foi estendido aos crimes comuns.

Antes dessa codificação, consoante Antônio Luiz Paixão (1987, p. 28), ocorreram bem-sucedidas experiências em relação à ressocialização dos presos em penitenciárias através do trabalho como a de Norfolk, na Austrália, em 1840, e a de Auburn, no Estado de New York, Estados Unidos. Tais iniciativas de sucesso mostram a importância de políticas públicas penais com o fim de recuperar o apenado, afastando o pensamento de isolamento como único meio purgar o preso de seus erros morais e como isso buscar a reintrodução dele na sociedade. Com o trabalho e a diminuição de sua pena pela remição, a dignidade do preso passa a ser considerada nas penitenciárias.

No Brasil, a política da ressocialização atuou como norte teleológico no ano de 1984 tanto na reforma do Código Penal quanto na Lei de Execução Penal (LEP), uma vez que houve inclusão de avaliações sobre personalidade do delinquente e na organização de um sistema reeducativo na execução penal (CARVALHO, 2003, p. 180). No Código Penal, essa linha ideológica de prevenção do crime

aliada ao tratamento do delinquente encontra-se fundamentalmente no momento de aplicação da pena. Na LEP temos a determinação para a busca da reintegração social do apenado logo no art. 1º, e ainda, confirmando tal direcionamento do legislador, encontramos vários benefícios com essa finalidade como progressão de regime (art. 112), saída temporária (art. 120), livramento condicional (art. 131), remição (art.126) dentre outros.

O projeto de lei que deu origem à LEP já previa como princípio a realização da proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade. Assim, o legislador teve como norte a política criminal de reinserção social que, conforme Anabela Miranda Rodrigues (2000, p. 85.), tem como fundamento a imposição de valores essenciais a uma convivência social organizada, assegurando as condições de livre desenvolvimento da personalidade ética do homem e respeito pelos direitos fundamentais.

2 POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO PELO ESTUDO: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ANTES DA LEI Nº 12.433, DE 29.06.2011.

A remição de pena, segundo a lição de Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 425), pode ser definida, nos termos da lei brasileira, como:

Um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva. Segundo Maria da Graça Moraes Dias, trata-se de um instituto completo, 'pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, disciplina sua vontade, favorece sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado.

Ao tempo desse conceito daquele renomado jurista, a redação do art. 126, da Lei de Execução Penal possuía a seguinte determinação quanto ao benefício da remição de pena: "Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena".

Porém a doutrina caminhava para a interpretação extensiva daquele artigo para alcançar também a remição pelo estudo, conforme se observa no ensinamento abaixo:

Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve ser um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca de tal ideal é a possibilidade de remir a pena a privativa de liberdade pelo estudo (MARCÃO, 2010, p. 220).

Nada havia em lei quanto ao direito do apenado remir parte de sua pena através do estudo em quaisquer dos regimes, dentro ou fora do estabelecimento penal.

Apesar de inexistir esse benefício no ordenamento jurídico, a introdução do estudo, para fins de remição nos regimes fechado e semiaberto decorreu da evolução da jurisprudência, através de diversas decisões dos tribunais que afirmaram sobre a necessidade de reinserção social do apenado através da educação.

Nesse caso o argumento de reserva de lei foi afastado aplicando-se extensivamente a remição pelo trabalho ao estudo. A corrente jurisprudencial favorável à medida teve seu coroamento com a edição da Súmula 341, de 27.06.2007, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que assim orientou a matéria: "A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto".

No entanto, essa visão, que atende aos objetivos ressocializadores da pena através do incentivo da

remição pelo estudo, não era recente no Estado do Pará, pois muito antes essa possibilidade foi institucionalizada no Tribunal de Justiça do Estado (TJE), através da Resolução nº 005 de 14.05.2003. Note-se que essa norma é bem anterior à Súmula do STJ, e permitia aos Juízes da Execução Penal analisar caso a caso e deferir os pedidos de remição na proporção de um (01) dia para cada 12(doze) horas de estudo.

Deve ser registrado que essa Resolução do TJ/PA, originada pela proposta da então Juíza titular da Vara de Execuções Penais, Dr.^a Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos, teve por fim oferecer melhores condições de readaptação social dos sentenciados, qualificando-os para uma futura reintegração à vida social, em vista do elevado número de analfabetos e com ensino fundamental incompleto dentre os encarcerados.

Abreviar o tempo do preso dentro da penitenciária para que o sistema possa oferecer mais vagas não pode ser o único objetivo do legislador, pois se estaria pensando somente nas deficiências do sistema penal e não no condenado. Este precisa, ao sair da prisão, ser estimulado a obter um emprego para sustentar a si e sua família, pois do contrário aquela finalidade do legislador cai por terra, pois parcela dos sentenciados retornará ao crime, por falta de condições de subsistência.

Após a pacificação na doutrina e jurisprudência sobre a remição por estudo, a reboque desse entendimento, foi promulgada a Lei nº 12.433, de 29.06.2011, que modificou o artigo 126 da Lei de Execuções Penais, passando a vigor com a seguinte redação: “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

Observe-se que o dispositivo incluiu o estudo nos regimes fechado e semiaberto, permanecendo o

trabalho como forma de remição de pena e positivando a orientação da jurisprudência sobre o assunto. A novidade dessa inclusão do estudo para a remição foi a possibilidade da cumulação com o trabalho desde que os horários sejam compatíveis, vejamos: “§ 3º para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem”.

A inovação do legislador afasta a imposição do tempo máximo disposto no art. 33 da LEP para ambas atividades, o que era frequentemente mencionado pelo STJ¹.

3 REMIÇÃO PELO TRABALHO NO REGIME ABERTO E LIVRAMENTO CONDICIONAL

Além da inclusão do estudo na lei de execução penal, oferecendo ao reeducando dos regimes fechado e semiaberto oportunidade de ressocialização pelo estudo e trabalho, o legislador inovou ao incluir o estudo como remição no regime aberto e liberdade condicional, como se observa a seguir:

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

¹ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. ESTUDO E TRABALHO CONCOMITANTES. BENEFÍCIO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA REGRA. ART. 33, DA LEI N.º 7.210/84. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 8 (OITO) HORAS DIÁRIAS. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o disposto no art. 126 da Lei de Execução Penal, pacificou o entendimento de que a realização de atividade estudantil é causa de remição da pena. Súmula n.º 341 desta Corte. 2. Não se revela possível reconhecer duas vezes a remição da pena em decorrência de trabalho e estudo realizados no mesmo período, porque a remição deve guardar correspondência com a jornada de trabalho prevista no art. 33, da Lei de Execuções Penais. 3. Assim, nada impede que condenado estude e trabalhe no mesmo dia, contudo, as horas dedicadas a tais atividades somente podem ser somadas, para fins de remição da reprimenda, até o limite máximo de 8 (oito) horas diárias. 4. Ordem denegada. (HC 124.922/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ªT, j. 15/06/2010).

Esse é o objeto deste artigo, pois não se nega a importância desse avanço do legislador no que se refere aos meios para reintegração do apenado no meio social através do incentivo ao estudo, mas o que realmente faltou ao legislador foi estender o benefício àqueles que trabalham no regime aberto e liberdade condicional para fins de remição de pena.

As decisões do STJ até o momento convergem para a leitura restritiva do dispositivo legal, sob o argumento da reserva de lei possibilitando tão somente a aplicação do benefício ao reeducando que somente estuda no regime aberto ou livramento condicional².

A interpretação da lei pela analogia *in bonam partem*, utilizando-se dos princípios e principalmente da realidade social que se apresenta, com a imensa população carcerária que sequer concluiu o ensino fundamental ou o médio, deve ser a regra a ser utilizada pelo profissional do direito. Com a nova lei, os apenados serão estimulados a estudar para remir suas penas, mas, certamente, o trabalho, como forma de ressocialização, abreviando o tempo da condenação, deve merecer o mesmo tratamento do legislador.

O trabalho externo dos presos representa a oportunidade de conseguir sua remuneração para garantir a sobrevivência do apenado e de sua família, superando e minimizando as carências do ambiente carcerário, onde por muitas vezes o contato com presos de alta periculosidade é comum entre eles. Ademais, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),

2 AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. REMIÇÃO. ARTIGO 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO. REGIME ABERTO.IMPOSSIBILIDADE. AGRADO IMPROVIDO.1. As Turmas especializadas em direito penal desta Corte possuem entendimentos convergentes no sentido de que não é possível a remição da pena pelo trabalho exercido por réu em regime aberto.2. Mesmo com a alteração do artigo 126 da Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.433 de 29/6/2011, não há falar na necessidade de revisão desse entendimento porque a referida modificação passou a permitir a remição da pena, cumprida em regime aberto, tão somente pela frequência do condenado a curso de ensino regular ou de educação profissional, e não pelo trabalho.3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 197.669/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012)

em seu art. 5º, nº 6, as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Mirabete (1997, p. 291) justifica a inaplicabilidade da remição ao apenado em prisão albergue e ao liberado em regime condicional em razão do beneficiado estar incumbido de submeter-se aos ditames sociais e às expectativas derivadas desses regimes, que lhe concede, a nível objetivo, a liberdade do trabalho contratual. Esse entendimento deve ter influenciado o legislador que na lei nº 12.433, de 29.06.2011 não beneficiou os apenados do regime aberto e livramento condicional quanto à remição pelo trabalho. Da mesma forma, serviu de orientação à jurisprudência do STJ, como se observa abaixo.

RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO AO RECLAMO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LETRA DO ART. 557, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. TRABALHO DO CONDENADO. REGIME ABERTO. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso especial quando o aresto recorrido estiver em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. Ademais, a possibilidade de interposição de agravo regimental em face do decisum monocrático, afasta qualquer alegação de ofensa ao princípio da colegialidade.

3. A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que o sentenciado que cumpre pena em regime aberto não tem direito à remição pelo trabalho, nos termos do art. 126 da LEP, sendo o benefício, ora pretendido, aplicável somente aos condenados que se encontrem no modo fechado ou semiaberto.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1294954/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012)

A jurisprudência do STJ segue os ensinamentos de Mirabete, mas encontra-se dissociada dos princípios da execução penal que têm por objeto a ressocialização dos condenados.

No dia a dia da vara de execução penal observa-se a dificuldade prática do egresso encontrar trabalho, em vista do preconceito do empregador quanto à condição do apenado ao apresentar sua certidão de antecedentes criminais, por ainda se encontrar cumprindo pena.

Assim, até o término de sua reprimenda, que pode demorar anos, para fins de emprego, permanece o apenado em completa desvantagem aos demais candidatos que não possuem antecedentes e muitos já se encontram no mercado de trabalho.

Em vista dessa dificuldade, não são poucos os egressos que pedem ao Juiz da Execução um emprego. Outros ainda pedem “carta de recomendação” para apresentarem nas empresas, com o fim de diminuir a carga negativa da certidão de antecedentes e aumentar a chance de admissão. Assim, tais fatores afastam a hipótese do apenado, em regime aberto ou em livramento condicional, poder facilmente conseguir uma ocupação lícita.

A possibilidade de analogia em relação ao trabalho externo como o estudo ao apenado pode ocorrer para evitar o retorno do apenado ao cárcere, uma vez que, trabalhando para garantir sua subsistência e de sua família, afastar-se-á da atividade criminosa.

Essa maneira de compreender o trabalho como resgate da dignidade do condenado serve de base para modificação legislativa, uma vez que tem por finalidade concretizar os objetivos da pena, visando à reintegração do indivíduo no meio social, pois trata-se de aplicar o direito a pessoas em condições sociais desiguais.

A realidade encontra-se em descompasso com as decisões judiciais, pois a jurisprudência afirma que o trabalho é pressuposto para a concessão dos benefícios do regime aberto e livramento, mas não se

observa a dificuldade daqueles que saem da prisão nas condições que esta se encontra.

O egresso que trabalha busca sua reinserção social e subsistência honesta para si e sua família. Bem diferente daquele que retorna ao estabelecimento penal em razão da prática de novos crimes. As varas de execução, com o auxílio técnico de profissionais como psicólogo, assistente social e pedagogos podem fazer distinção e acompanhamento do egresso que trabalha, com relatórios de avaliação, recomendando a continuidade ou não do benefício, propiciando ao juiz da execução fundamentos para a manutenção da liberdade e do cômputo dos dias trabalhados para fins de remição.

Assim, se há condições materiais deve permanecer sob a responsabilidade do juiz a avaliação do egresso, proporcionando dessa forma uma aproximação cada vez maior dos ditames constitucionais do princípio da dignidade com valorização social do trabalho (art. 1º, II e IV, CF), em busca da recuperação social do apenado.

Mesmo em regime aberto ou em livramento condicional, as barreiras são enormes para aquele que quer conseguir emprego e qualquer ajuda, no sentido de incentivá-lo a buscar meio de sobrevivência honesta, o que deve ser oferecido pelo Estado, pois como mencionado pelo Ministro Marco Aurélio, do STF³: “Tanto quanto possível, incumbe ao estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas.”

No mesmo sentido temos a orientação dada pela Organização das Nações Unidas nas Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos⁴, artigo 81-1 (Resolução 663C, de 31.07.1957, e Resolução

³ STF, 2ª T, HC 71.179/PR, pub. 03.06.94.

⁴ Referidas regras devem ser postas em prática no Brasil por força de sua aprovação no direito interno, conforme preveem a resolução nº 14, de 11.11.1994, publicada no DOU de 02.12.1994, e a resolução nº 01, de 20.03.1995, DOU de 23.03.1995.

2076, de 13.05.1977) que incentiva as organizações governamentais a prestarem assistência a reclusos colocados em liberdade para se reestabelecerem na sociedade, assegurando a eles, dentre outros auxílios, o trabalho.

Se esse labor assalariado não pode ser oferecido pelo Estado ao egresso, diante das dificuldades existentes, ao menos há possibilidade de incentivá-lo com medidas em favor da busca do emprego, como a remição pelo trabalho no regime aberto e no livramento condicional.

O legislador diferencia e privilegia o apenado que se encontra dentro do estabelecimento penal daquele que conseguiu sua liberdade no regime aberto ou livramento condicional quanto à aplicação do instituto da remição no que se refere ao trabalho externo do preso.

No regime fechado (art. 36 da LEP) e semiaberto (§2º, art. 35, do Código Penal), pode o preso trabalhar fora do presídio e esse tempo de labor serve para a remição da pena. Contudo, se o apenado encontra-se em regime aberto ou em livramento, não pode utilizar o tempo de trabalho, mas tão somente o de estudo.

Há, portanto, um desequilíbrio entre os benefícios inerentes à atividade estudantil extramuros do preso, sendo esta privilegiada, por mais que o trabalho seja considerado fundamental para a dignidade do homem, conforme dispõem os diversos artigos da Constituição Federal (inc. IV, art. 1º, art. 6º, *caput*, art. 193, 203, III), pois o trabalho regenera a pessoa e possibilita melhor qualidade de vida ao apenado e à sua família.

4 CONCLUSÃO

A jurisprudência, assim como serviu para modificar o entendimento anterior quanto à possibilidade de remição através de estudo, pode, pela inovação legal de remição pelo estudo no regime

aberto e livramento condicional, avançar no sentido de estender o benefício aos apenados que trabalham em liberdade e que ainda se encontram cumprindo pena. Os fundamentos para a modificação da jurisprudência são os mesmos que levaram a extensão do benefício para aqueles que estudavam. Como nos ensina Carlo Maximiliano (2004, p. 200), onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana A. N. de. **Execução penal: anteprojeto, histórico**. Brasília: Senado Federal, 1985.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 288 p.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 368 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210 de 11.07.84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 465 p.
- _____. _____. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 728 p.
- PAIXÃO, Antonio Luiz. **Recuperar ou punir?: como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1987. 87 p.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São PAULO: IBCCRIM, 2000. 197 p.



Crônica

Crônica de uma saudade

Dworkin e a Visão do Paraíso.

*Paulo de Tarso Dias Klautau Filho**

* Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). *Master of Laws* pela *New York University* (NYU). Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará.

1 ESCLARECIMENTO INICIAL

Muito antes do falecimento de Ronald Dworkin, em 14 de fevereiro último, o sítio das biografias dos professores da *New York University-NYU Law School* já o apontara como “a figura mais influente na teoria do Direito anglo-americana contemporânea”¹. O perfil, agora *In Memoriam*, prossegue, também como um estímulo e incentivos a futuros acadêmicos:

A obra de Dworkin é, frequentemente, considerada “monumental” e “um marco”. Dworkin é, provavelmente, um dos dois ou três autores contemporâneos que continuarão sendo lidos pelos *legal scholars* daqui a duzentos anos. Os estudantes da *New York University Law School* estudam com ele atualmente.

Em 2001-2002, graças a uma bolsa de estudos da Organização dos Estados Americanos – OEA, fui um dos alunos de várias partes dos Estados Unidos e do

mundo, selecionados para o programa de *Master of Laws* da NYU e entusiasmados com a possibilidade de estudar com Dworkin.

Durante o chamado *Fall Semester* de 2011, dois fatos marcaram profundamente minha visão do Direito: o primeiro, os ataques terroristas de 11 de setembro (dramaticamente, vivenciados *in locu*, já que os prédios da NYU, onde residia e estudava, ficavam a menos de uma milha das torres do World Trade Center), que dispararam um choque de realidade, intelectual e existencial, sobre a tese que me propusera a escrever acerca da “universalidade dos direitos humanos”; o segundo, a chance única de frequentar o famoso *Colloquium in Legal, Political and Social Philosophy and Seminar*, coordenado por Dworkin e pelo filósofo Thomas Nagel, com a presença habitual de autores como Jurgen Habermas e Jeremy Waldron. A intensidade e o desafio intelectual daqueles encontros e as inúmeras horas de estudo em preparação prévia foram o contraponto à tragédia duramente vivenciada logo no início do curso.

Mas, e aqui vai o esclarecimento anunciado, apesar da inquestionável relevância da obra de Dworkin, este não é um texto de natureza teórica ou acadêmica. Há muito a conhecer, aprender, debater e criticar nas contribuições de Dworkin. E muito foi, está e será escrito a respeito. Por isso, entendo que há autores mais qualificados a refletir sobre tão vasta e sofisticada produção. Limito-me a deixar aos interessados, algumas indicações de leitura ao final, permitindo-me recomendar, desde logo, pela excelência única dos textos, capazes de reunir clareza de estilo com visão sistemática e crítica, o *blog* “Filósofo Grego”, do Professor paraense André Coelho, do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

¹ No original: “probably the most influential figure in contemporary Anglo-American legal theory”. HUNT, Alan (ed.). *Reading Dworkin critically (social and legal studies)*. New York: Berg, 1992. Citado em: <https://its.law.nyu.edu/facultyprofiles>. Acesso em: 03.03.2013

De minha parte, gostaria de oferecer um depoimento sobre algumas experiências e impressões marcantes geradas pelo breve, mas prazeroso e enriquecedor, convívio com o professor Ronald Dworkin.

2 O PARAÍSO DE LEARNED HAND

Dos muitos textos de Dworkin que li e das várias sessões do *Colloquium* de que participei, a lembrança mais cara é de uma história que ele nos contou por duas vezes - a segunda, por insistentes pedidos dos estudantes, aproveitando a presença de um professor visitante que apresentava um artigo ao grupo.

Após a conclusão do curso de Direito em Harvard, o primeiro emprego de Dworkin foi na prestigiada função de *judicial clerk* (numa tradução livre: "assessor judicial") do famoso Juiz Federal Learned Hand (1872-1961). Hand é, até hoje, referido por muitos no meio jurídico e acadêmico norte-americano como o "mais importante juiz nunca nomeado para a Suprema Corte". Ao lado de *Justices* da Suprema Corte como Oliver Wendell Holmes Jr, Louis D. Brandeis e Benjamin N. Cardozo, Hand foi um dos grandes ícones do Judiciário norte-americano na primeira metade do século XX, com especial contribuição para o desenvolvimento da jurisprudência do direito à liberdade de expressão (*free speech*).

Dworkin brincava que Hand até gostava dele, apesar de chamá-lo frequentemente de "Donald". Certa vez, Hand perguntou ao jovem "Donald" Dworkin se ele costumava pensar muito em como seria o paraíso. O agnóstico Dworkin respondeu que não, ao que Hand teria dito: já eu, como um homem idoso, penso muito no assunto. Você gostaria que eu lhe dissesse como é o paraíso?

Dworkin disse-lhe, então, que sim e que lhe seria "eternamente grato".

O dia perfeito de Hand no paraíso começaria com uma partida de polo, pela manhã, na qual seu time seria vencedor e ele, o capitão da seleção celestial, sairia aclamado pela multidão de torcedores, após anotar o ponto decisivo nos instantes finais. Antes do divino almoço de celebração, seriam servidos *dry martinis*, como aperitivos e para temperar a conversa saborosa e brilhante entre grandes pensadores e prosadores como Sócrates, Descartes, Montaigne, Voltaire, entre outros. À tarde, um jogo de futebol americano (a cada um, o paraíso que deseja...). Novamente, o capitão Hand tem um desempenho atlético excepcional. Seu time vence e a arquibancada angelical brada em uníssono seu nome.

À noite, antes do jantar, os *martinis* estão ainda melhores (segundo Dworkin, *the martinis were even drier*) e a conversa fica ainda mais animada. Todos falam com brilho, sagacidade e sabedoria sobre os mistérios e a beleza da vida (e da morte) humana. Quando, de repente, todos gritam: calem-se Sócrates e Voltaire, deixem-nos ouvir o que Hand está dizendo!

Dworkin dizia que não deveríamos pensar em Hand como poço de vaidade e arrogância. Pelo contrário, Hand sabia rir de si mesmo e de sua vã vaidade. Uma qualidade que não faria mal a muitos de nós no meio jurídico brasileiro.

Mas a generosidade de Dworkin ia além da homenagem a Hand, pois usava essa história anedótica para louvar os professores visitantes que submetiam seus artigos ao debate e a nós, os pós-graduandos que participávamos do Colóquio, ávidos por ouvi-lo, tal como a plateia do jantar paradisíaco estaria ávida por ouvir Hand. Dworkin apenas ressaltava, também sabendo rir de si próprio, que não precisara ter ascendido aos céus para desfrutar de tão "qualificada" audiência.

3 O PARAÍSO DE DWORKIN

Anos depois, pouco antes de sua morte, tive o prazer de ver registrada a anedota sendo contada por Dworkin em duas oportunidades. A primeira foi publicada em edição especial da *Boston University Law Review* 90, nº 2 (abril de 2010), intitulada *Symposium: Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book*.² Nesse simpósio, foram debatidos os manuscritos preliminares do último livro publicado em vida por Dworkin, *Justice for Hedgehogs*.³ Na abertura dos debates, Dworkin lembrou a visão do paraíso de Hand e disse que a sua própria estava ali diante de seus olhos: muitas pessoas, dentre elas os maiores filósofos e advogados do mundo, ali reunidos para discutir um livro dele que ainda nem fora publicado. E, novamente, a melhor parte: ele nem precisara ter morrido pra isso.

O segundo registro está na abertura das *Einstein Lectures* proferidas por Dworkin na Universidade de Berna, entre 12 e 14 de dezembro de 2011, e que deverão compor o material do livro a ser publicado postumamente, intitulado *Religion Without a God*.⁴

Penso que a forma como ele usava a anedota de Hand revelava-nos algumas coisas relevantes a respeito do próprio Dworkin. Ele era um teórico que escrevia com estilo e elegância. E também era um contador de histórias. Era recorrente, em sua obra, o uso de clássicos da literatura e das teorias sobre a interpretação literária pra expor suas ideias sobre o Direito como uma prática interpretativa por excelência.

É certo que há muitas críticas sobre a concepção de Direito e da interpretação do Direito em Dworkin. Mas, como já disse, não é meu propósito abordá-las aqui.

Insisto, apenas, que há algo a extrair dessa anedota com relação a como Dworkin procurava desenvolver e viver sua vida e sua obra. Ele certamente gostava de viver, como atestam os *dry martinis*, o gosto pela boa mesa e pela boa conversa. Praticava a busca por uma vida bem vivida na forma defendida em *Justice for Hedgehogs*. Não à toa, o Direito para ele era apenas parte de nossa resposta à grande questão ética sobre o que é viver bem, o que é uma vida examinada, no sentido dos gregos.

Fazia parte dessa busca, a sua atuação como intelectual público, para além da academia. Por isso, escrevia com muita frequência sobre os temas políticos, econômicos e jurídicos mais relevantes na sociedade contemporânea. Daí, sua contribuição sobre aborto, ações afirmativas, saúde pública, liberdade de expressão, bioética, política partidária, nomeações para a Suprema Corte, terrorismo, tributação, religião etc.

Se nunca se propôs a escrever sobre regras bem definidas para a interpretação do Direito e da moralidade pública, o prosador Dworkin sempre foi à àgora para conversar com entusiasmo e defender com elegância sua interpretação acerca das questões mais relevantes para a comunidade política.

Por isso, no jantar celestial desta noite, certamente, após um dia de velejo (o esporte preferido dele), os *dry martinis* incentivarão a qualificada audiência a bradar: Cale-se, Hand! Deixe-nos ouvir o que Dworkin tem a dizer!

2 Ver: <http://www.concurringopinions.com/archives/2010/05/boston-university-law-review-902-april-2010.html>. Um vídeo da fala de Dworkin está acessível em: <http://bu.edu/law/events/audio-video/hedgehogs.shtml>.

3 DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

4 Acessível em: <https://cast.switch.ch/vod/channels/1gcfvlebil>.

4 INDICAÇÕES DE LEITURA

4.1 OBRAS ESSENCIAIS DE DWORKIN (POR ORDEM CRONOLÓGICA DE PUBLICAÇÃO NO ORIGINAL)

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.

_____. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 2000. 511 p.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. 470 p.

4.2 COMENTADORES

BURLEY, Justine (Ed.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Malden, Mass.: Blackwell Publishing, 2004. 412 p.

CULVER, Keith C. (Ed.). **Readings in the philosophy of law**. Toronto: Broadview Press, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 261 p.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Jurists Profiles in Legal Theory. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1991. 320 p.

HONEYBALL, Simon; WALTER, James. **Integrity, community and interpretation: a critical analysis of Ronald Dworkin's theory of law**. Vermont: Ashgate Publish, 2000.

HUNT, Alan (Ed.). **Reading Dworkin critically**. New York: Berg, 1992. 288 p.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: Ed. CESUPA, 2004.

_____. **O direito dos cidadãos à verdade: perante o poder público**. Belém: Ed. CESUPA, São Paulo: Método, 2008. 190 p.

_____. Ronald Dworkin e a unidade de valor. **A Leitura: cad. ESM-PA**, Belém, v. 4, n.7, p. 76-85, nov. 2011.

RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin: contemporary philosophy in focus**. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2007. 186 p.

SALAS, Minor E. Debate sobre la utilidade de la metodologia jurídica: una reconstrucción de las actuales corrientes metodológicas em la teoria del derecho. **Revista Telemática de Filosofia Del Derecho**, n. 12, p. 205-231, 2009.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 304 p.

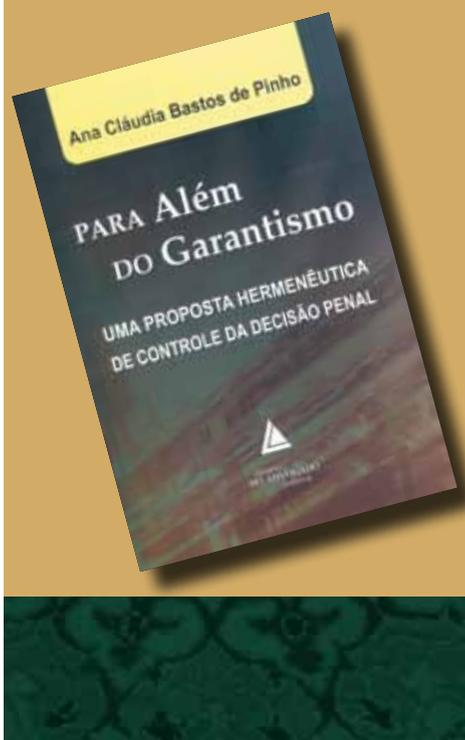




Resenhas

PARA ALÉM DO GARANTISMO: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA DE CONTROLE DA DECISÃO PENAL

Por Marcus Alan de Melo Gomes*



* Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto Nível 4 do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, do qual é o atual Coordenador (biênio 2011/2013). É membro e coordenador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no Estado do Pará; membro do CINETS - Crimmigration Control International Net of Studies. Magistrado desde 1996, é atualmente Juiz de Direito da 9ª Vara Penal do Juízo Singular de Belém.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 2013. 192 p.

Este livro é fruto da tese de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). A necessidade de se buscar critérios legítimos (democráticos) para controlar a decisão penal no Brasil, tendo em vista que o sistema processual penal (ainda) opera desde uma lógica inquisitória, favorecendo o ativismo judicial e, com isso, colocando em risco os direitos fundamentais do imputado e a própria democracia, é o fulcro central teoricamente defendido.

Há algo extremamente preocupante: desde que a Constituição da República de 1988 entrou em vigor, tem-se ouvido muito falar em “princípios”. Juízes formados numa tradição (paleo)positivista e acostumados a decidir com base em modelo de regras (de tudo ou nada), dirimindo conflitos meramente individuais, viram-se ante um gigante: A CRFB e seu texto permeado de valores. Conceitos que antes eram ideias de Direito natural (igualdade, liberdade, dignidade) passaram a incorporar o Direito positivo. E agora? O que fazer?

Não tardou a se repetir frases do tipo “*não sigo a letra fria da lei, mas busco os princípios*”. Tudo estaria perfeito caso se soubesse trabalhar com princípios! Mas, à parte o rico texto da CR, não se desenvolveu no Brasil uma séria teoria da decisão. Conclusão disso: um verdadeiro vale-tudo hermenêutico, em que se começou a dar aos princípios o sentido que fosse, sem qualquer constrangimento. E muitos princípios foram criados. Surgem novos da noite para o dia (com a palavra, **Lenio Streck**, que corretamente denuncia isso em seu necessário “Verdade e Consenso”¹).

Na verdade, se tudo é princípio, nada é princípio, pois não? O que faz de um princípio um princípio, afinal? (perguntaria **Rafael Tomaz de Oliveira**²). Infelizmente, não há uma sofisticação

1 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

2 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

teórica no Brasil que dê conta disso, e a consequência é gravíssima: uma crise da interpretação (que é a crise do próprio Direito), permitindo várias respostas a casos semelhantes, possibilitando ao juiz “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” e decidir “conforme a sua consciência” (Streck, novamente).

Foi essa crise que deu fôlego ao livro

Apresentado o problema, necessário abordar a hipótese de trabalho. Seguiu-se, então, para o enfrentamento teórico da questão, a partir da análise crítica de pontos fundantes do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a fim de demonstrar que – muito embora de cariz democrático - a teoria apresenta sérias limitações que a impedem de formatar um modelo adequado, com o fim de criar constrangimentos ao poder de decidir do juiz. Isso porque, como uma teoria positivista que é, o garantismo acredita, ainda, no fantasma da discricionariedade (herdada do positivismo normativista kelseniano), admitindo que sempre vai restar ao juiz um poder de disposição, dentro do qual poderá fazer escolhas. A solução encontrada por Ferrajoli para minimizar essa discricionariedade (que, admite, sempre existirá) é a precisão semântica, a manipulação da linguagem, encarando-a como um instrumento, como algo que se interpõe entre o sujeito e o objeto e que pode, pela razão, ser dominada, numa clara demonstração de que o garantismo ainda habita a filosofia da consciência e não acompanhou a *linguistic turn*.

Para essa análise, foram trabalhados os seguintes conceitos/postulados caros ao garantismo: separação entre direito e moral (para mostrar que no atual estado de arte do constitucionalismo não se pode admitir tal cisão), a discricionariedade e a precisão semântica, e o uso da linguagem como instrumento, afastando o modelo garantista do mundo prático.

Ao mesmo tempo em que o texto desenvolve a crítica ao garantismo, entabula um diálogo com a hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, bem como com a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, aproximando esses dois autores (na linha do que, entre nós, faz, com propriedade, Lenio Luiz Streck), a fim de demonstrar que a hermenêutica oferece melhores repostas que o garantismo para a formatação de uma teoria da decisão no Brasil, combatendo a discricionariedade, o relativismo e o ativismo.

Numa democracia, portanto, nem todas as respostas são válidas. O Direito não é mera questão de sorte. Há limites para isso. Limites que - segundo a pesquisa - são impostos pela via hermenêutica, vista aqui não como técnica de interpretação, mas como processo de compreensão, de atribuição de sentidos, de fusão de horizontes, que leva em conta a tradição, a integridade, os princípios tomados em seu sentido deontológico (e não epistemológico), a bem demonstrar que Direito é fruto de vivência prática, é fruto da historicidade, da finitude. Não há respostas eternas. Há, sim, a resposta certa para o caso certo. Não há infinitas possibilidades de interpretação, há uma possibilidade que exsurge da situação concreta (do princípio instituidor, conforme Dworkin), a partir da interação entre o texto e o intérprete, da pré-compreensão que define a compreensão (só compreendo porque pré-compreendo, porque já estou, desde sempre, inserido no mundo e na linguagem).

Não há, assim, a possibilidade de manipular a linguagem, pois não é o homem que a cria, mas ela é por ela condicionado. A linguagem, pois, não é instrumento, mas condição de possibilidade.

Por fim, o texto encerra trabalhando hermenêuticamente algumas decisões judiciais apresentadas no início, a fim de deixar claro que a resposta correta no caso concreto há de ser fruto da melhor argumentação

possível. O esforço argumentativo, aqui, é o ponto de toque da questão. Decisão correta é decisão argumentada, mostrando o porquê dessa resposta e não de outra, deixando claro o que faz o juiz seguir um caminho e não outro, em tese, possível.

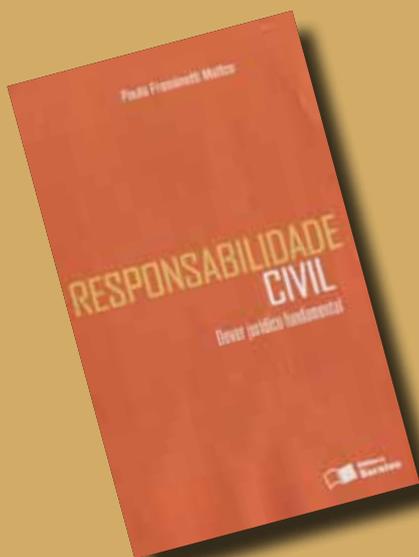
O que se quer, portanto, é desvelar uma crise, uma crise que é ínsita ao próprio Direito (mas que, no Direito Penal, ganha ares de extrema gravidade, dado o caráter perverso do sistema de repressão mesmo), apontando um caminho: a superação do positivismo

(e nesse viés, do próprio garantismo) e a adoção de uma proposta hermenêutica de controle das decisões penais, a fim de enfrentar a discricionariedade, mostrando que decisão justa, a resposta correta é aquela que provém – não de uma escolha pessoal e aleatória do juiz – mas de um árduo processo argumentativo, de esgotamento de possibilidades, de interação com o mundo prático, com a tradição. Essa é a dívida que (ainda) se tem com os direitos fundamentais e com a democracia no Brasil.



RESPONSABILIDADE
CIVIL
DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL

Por Laís Izabel Peres Zumero*



* Advogada. Professora e Editora, Especialista em Direito pela UFPA, chefe da Divisão de Editoração da Escola Superior da Magistratura/TJPA.

MATTOS, Paula Frassinetti. Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012. 156 p.

Partindo da constatação de que a sociedade pós-moderna tem, dentre suas características mais marcantes, a possibilidade de que as ações danosas fiquem encobertas pelo anonimato do responsável e pela invisibilidade do causador dos danos, a autora propõe a ampliação da responsabilidade civil objetiva, sob o manto da função social da responsabilidade civil.

Propõe, assim, um revisionamento da clássica teoria da responsabilidade civil, tradicionalmente fundada na culpa e apenas pontualmente vista sob a ótica objetiva.

O manejo da responsabilidade civil em sua amplitude objetiva permite melhor eficácia da tutela constitucional dos direitos fundamentais, calcada na matriz primeira da dignidade da pessoa humana.

Ademais, acolhe demandas contemporâneas como a necessidade de partilha social tanto dos efeitos do dano como da divisão solidária do prejuízo sofrido.

O trabalho propõe, assim, uma ampliação da responsabilidade objetiva com a finalidade de garantir tutela para interesses até aqui desprotegidos em razão do vácuo que se formou com o surgimento de relações sociais para além daqueles que o direito até então protegia.

Cuida o livro de, a partir da análise de pressupostos tradicionais, propor releitura para ajuste às demandas da realidade atual, sob a lupa dos direitos fundamentais.

A obra tem como sustentação normativa a segunda parte do parágrafo único do art.927 do Código Civil que amplia a responsabilidade civil objetiva para as *atividades normalmente desenvolvidas que implicarem, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.

Ao centrar a tutela no aspecto de implicar risco para os direitos de outrem, o comando normativo atrai nitidamente a noção de precaução, se compreendermos o risco como uma situação para além das condições normais de dano, algo que atrai possibilidade maior de evento danoso e, por isso, ensejador de maior precaução.

É a precaução como dever jurídico tem como pressuposto a consideração do outro como integrante das decisões do agente potencialmente causador do dano. É o primeiro e saudável passo em direção a uma construção da responsabilidade civil sob a ótica da alteridade, da solidariedade - elementos concorrentes para a eficácia dos direitos fundamentais.

A dicção do comando normativo, centrada na possibilidade da causar dano a outro, e não mais na intenção do agente de causá-lo, é uma evidente demonstração do deslocamento da ótica subjetivista da culpa, para a visão objetiva da necessidade de reparação do dano.

A responsabilidade civil objetiva se impõe notadamente pela exigência social de que o dano seja reparado, de que ele não seja suportado pela vítima, tão somente porque o autor não o pretendia.

A autora antecipa alguns elementos de convicção que norteiam sua pesquisa e o faz logo no introito quando refere que “a vida se tornou objeto de intensa discussão ética”. Mais adiante, confessa sua convicção de que “regras sociais e direito, como resultado de um ajuste mínimo de convivência, são, mais do que uma convenção de sobrevivência, um pacto de renovação”.

No capítulo 1º a autora faz um paralelo entre os conceitos de cidadania e responsabilidade, apondo-os sob o que considera uma tábua imaginária na qual “a imputação da responsabilidade foi sendo atribuída à medida que o exercício da cidadania avançou, comportando cada vez mais participantes”.

Considera a relação entre a cidadania e a responsabilidade de vital importância para a compreensão do estágio atual desta, na medida em que a responsabilidade, como capacidade de responder por seus atos, traz em si, e necessariamente, a pressuposição de que há uma pessoa capaz de responder por seu atos, um cidadão. Razão por que, afirma que a cidadania é um pressuposto da responsabilidade.

No capítulo seguinte, a autora envereda pela busca que a responsabilidade civil faz para legitimar-se perante o momento social a que se refere. E como a cidadania, pressuposto da responsabilidade, na

realidade contemporânea, demanda a observância dos direitos fundamentais, é natural que essa busca de legitimação tenha como elemento a consideração daqueles direitos.

A busca de legitimação, diz a autora, mede-se “pela capacidade de responder à necessidade do grupamento social em que esteja inserida e pelo atendimento do papel ético que lhe incumbe”.

O mundo em que a responsabilidade civil necessita legitimar-se é o de uma sociedade fragmentada, compartimentada em suas crenças, açodada pelo desaparecimento das tradicionais barreiras nacionais e pela superação do espaço privado por um ambiente social.

As soluções legitimadoras, consentâneas com essa nova realidade, devem levar em conta o multiculturalismo, a recusa das pretensões universalistas e o individualismo. Há, ainda, que levar em conta a alteração da fronteira entre o público e o privado, que se tem mostrado insuficiente para delimitar o espaço social.

Por outro lado, a busca de legitimidade da responsabilidade civil deve considerar que a complexidade das relações contemporâneas não mais permite a identificação imediata nem do autor e nem do dano causado, dado o rompimento da relação espaço-temporal em que o ato-dano até então transcorria.

No capítulo 3º, o livro dedica-se ao estudo da responsabilidade objetiva como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais.

A responsabilidade civil é vista como um dever jurídico componente de uma estrutura compromissada com a eficácia dos direitos fundamentais, e é sob esse filtro que devem ser construídos seus novos esteios.

Neste sentido, a responsabilidade participa do processo reestruturador da construção capaz de

fazer valer os direitos fundamentais, daí dizer-se que a responsabilidade civil é meio de eficácia daqueles direitos.

A autora oferece sua visão sobre como se dão essas novas balizas de reparabilidade capazes de concorrer para a plena vigência dos direitos fundamentais e o faz sugerindo, dentre outros, a utilização do caráter punitivo da indenização, como via de, além de ensejar a reparação do dano em si, provocar a socialização dessa indenização, bem como agravar o temor pela punição, aumentando-a para além do que corresponderia à mera reparação individual do dano.

Conclui tecendo considerações sobre a importância do dispositivo que, como cláusula aberta que é, somente adquire vida se sua eficácia ensejar a validação dos direitos fundamentais. Ademais, a autora entende que a ampliação da responsabilidade objetiva concorre para o avanço da incidência da responsabilidade na ocorrência do ato lícito.

Faz relevo ainda sobre a nova feição que a autonomia privada assume diante de tal contexto.

Por fim, assevera que a fixação da responsabilidade objetiva como regra representa um dia de distribuição de renda e, em consequência, elemento de realização da solidariedade.





Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta, proveniente de florestas plantadas e sustentadas