

Edição Comemorativa

30 Anos

REVISTA
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

Coordenadores das Linhas de Pesquisas:

André Peixoto de Souza
Fabio Caldas de Araújo
Francisco Cardozo Oliveira
José Laurindo de Souza Netto
José Ricardo Alvarez Vianna
Karin Käsmayer
Oswaldo Canela Junior
Tiago Gagliano Pinto Alberto

Curitiba
2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
Presidente Desembargador **CLAYTON COUTINHO DE CAMARGO**

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ
Presidente **FERNANDO GANEM**

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
Diretor-Geral **LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE**

Coordenador Geral de Cursos **RODRIGO OTÁVIO RODRIGUES GOMES DO AMARAL**

Supervisor Pedagógico **JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO**

Diretores e Vice-Diretores de Núcleos

NÚCLEO DE CURITIBA

Diretor - **DANIEL SURDI DE AVELAR**
Vice-Diretor - **MARCOS ANTÔNIO DA CUNHA ARAÚJO**

NÚCLEO DE LONDRINA

Diretor - **RODRIGO AFONSO BRESSAN**
Vice-Diretor - **JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA**

NÚCLEO DE MARINGÁ

Diretora - **KÉTBI ASTIR JOSÉ**
Vice-Diretor - **FÁBIO BERGAMIN CAPELA**

NÚCLEO DE PONTA GROSSA

Diretor - **HÉLIO CÉSAR ENGELHARDT**
Vice-Diretor - **GILBERTO ROMERO PERIOTTO**

NÚCLEO DE JACAREZINHO

Diretor - **ROBERTO ARTHUR DAVID**

NÚCLEO DE UMUARAMA

Diretora - **MAIRA JUNQUEIRA MORETTO GARCIA**
Vice-Diretor - **MARCELO PIMENTEL BERTASSO**

NÚCLEO DE CASCAVEL

Diretor - **LEONARDO RIBAS TAVARES**

NÚCLEO DE FOZ DO IGUAÇU

Diretor - **MARCOS ANTONIO DE SOUZA LIMA**
Vice-Diretor - **GABRIEL LEONARDO SOUZA DE QUADROS**

NÚCLEO DE PATO BRANCO/FRANCISCO BELTRÃO

Diretora - **FRANCIELE ESTELA ALBERGONI DE SOUZA**
Vice-Diretor - **MACIÉO CATANÉO**

BIÊNIO 2012-2013

REVISTA

Edição Comemorativa
30 anos

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

Coordenadores das Linhas de Pesquisas:

André Peixoto de Souza
Fabio Caldas de Araújo
Francisco Cardozo Oliveira
José Laurindo de Souza Netto
José Ricardo Alvarez Vianna
Karin Kässmayer
Osvaldo Canela Junior
Tiago Gagliano Pinto Alberto

LedZe
editora

Copyright © 2013 by Ledze Editora Ltda.

PROJETO EDITORIAL
Escola da Magistratura do Paraná - EMAP

COORDENADOR EDITORIAL
Rodrigo Michel Ferreira

COORDENAÇÃO DE ORIGINAIS
Monalisa Vargas

COORDENADORES DAS LINHAS DE PESQUISAS
André Peixoto de Souza, Fabio Caldas de Araújo, Francisco Cardozo Oliveira,
José Laurindo de Souza Netto, José Ricardo Alvarez Vianna,
Karin Kässmayer, Osvaldo Canela Junior, Tiago Gagliano Pinto Alberto

LedZe
editora

ledzeeditora.com.br
editorial@ledzeeditora.com.br

R454 Revista da Escola de Magistratura do Paraná. / Escola de Magistratura do Paraná.
Ed. Especial. Curitiba: LedZe, 2013.

192p.

Semestral

ISBN: 978-85-62626-13-2

1. Direito - Periódicos. 2. Escola de Magistratura do Paraná - EMAP. I. Associação
dos Magistrados do Paraná.

CDD – 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Márcia Elaine BentoCRB1/1460
Seção Técnica de Tratamento da Informação

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| APRESENTAÇÃO..... | 7 |
| Colapso do sistema financeiro nacional e reconhecimento: A luta pela subjetividade e dignidade no Brasil ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA | 9 |
| Reflexões sobre os meios eletrônicos no Direito Material e Processual FABIO CALDAS DE ARAÚJO | 27 |
| Gestão Administrativa no Poder Judiciário, direito à informação e controle de resultados: a questão da participação popular e da promoção da cidadania FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA NICOLLE DA SILVA RAMOS GUEDES | 51 |
| A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO | 69 |
| A “ <i>Única resposta correta</i> ”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA | 91 |
| Direito e dever fundamental ao meio ambiente e o mínimo essencial ambiental: apontamentos sobre o Art. 225 da Constituição Federal KARIN KÄSSMAYER | 109 |
| Reflexões sobre a crise metodológica no Brasil e sua repercussão no conceito de culpabilidade OSVALDO CANELA JUNIOR | 133 |

Razoável é razoável; Não-razoável é razoável

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO151

APRESENTAÇÃO

A Escola da Magistratura do Paraná foi criada em 17 de junho de 1983, pela Resolução 07-83, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Em 02 de agosto do mesmo ano, foi celebrado um convênio com a Associação dos Magistrados do Paraná, que passou, desde então, a administrar a EMAP.

A Escola da Magistratura do Paraná realiza seus trabalhos em duas áreas principais: a formação inicial e continuada do magistrado e os cursos preparatórios à magistratura, sendo que no correr destes trinta anos a EMAP alcançou um patamar de referência nacional, premiada com o **Selo Enfam**, como reconhecimento de sua qualidade e excelência de ensino.

O curso preparatório possui um projeto pedagógico próprio, com aulas teóricas e práticas, sendo que nestas últimas o corpo docente é formado exclusivamente por magistrados. Longe de ser meramente preparatório para concursos, volta-se a descobrir vocações, pois leva o cursista a conhecer com mais profundidade a carreira do magistrado.

A atuação nestas duas áreas permite interligá-las de uma forma muito interessante. Os juízes que lecionam a aula prática, ao mesmo tempo de que ensinam, permanecem atualizados, pois durante o ano percorrem com os estudantes os procedimentos cíveis e criminais.

E ainda, no ano passado foi criado o Núcleo de Pesquisa Jurídica – NUJEP, que permitirá aos professores, em conjunto com os alunos do curso, desenvolverem projetos de pesquisa científica, em consonância com as linhas de pesquisa da ENFAM.

Em função das atividades comemorativas deste ano, a EMAP lança a presente revista, com artigos dos coordenadores de área de pesquisa do NUJEP, de forma a iniciar os trabalhos do Núcleo e a celebrar mais uma grande iniciativa dos professores desta Escola, que são sua verdadeira alma.

Curitiba, junho de 2013.

LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE
Diretor-Geral da EMAP

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

Doutor em Direito pela UFPR e Doutor em Educação pela UNICAMP. Professor Adjunto de Economia Política na FD-UFPR. Professor de Filosofia e História do Direito na EMAP, UTP e Estácio. Coordenador do curso de Direito do UNINTER. Advogado e Historiador.

Colapso do
sistema financeiro
nacional e
reconhecimento:
A luta pela
subjetividade
e dignidade no
Brasil

1. INTRODUÇÃO

O pressuposto desse texto implica em inserir o sistema financeiro na matriz evolutiva do capitalismo, desde sua origem, entendida a partir do encerramento do modelo feudal¹ e do acirramento das explorações territoriais no escopo exclusivamente lucrativo, que, entre os séculos XVI e XIX, colocou o homem em grau ínfimo de sua dignidade, mediante aplicação do moderno e artificial conceito de escravidão, do fortalecimento das desigualdades sociais e regionais, da exclusão social acarretadora da miséria, da fome, da pobreza e da anulação do sujeito.

Em segunda pauta ocorre a percepção pontual de que o sistema financeiro nacional (Brasil) está completamente desvirtuado de seu desiderato² e comprometido exclusivamente para com a lógica do capital. Para tanto, cabe observar duas pesquisas desenvolvidas em âmbitos institucionais: tese doutoral da Profa. Liliana Segnini (1988) e relatório do IPEA (2009); ambos tratam do sistema bancário na premissa de ser este o elemento hegemônico por excelência da fase atual do capitalismo.

Por fim, no fundamento teórico de Axel Honneth em sua “luta por reconhecimento”, será possível vislumbrar a efetiva redução da “dignidade” da pessoa humana, bem como o contributo do sistema financeiro nacional para o esgotamento desse conceito no Brasil.

2. TRABALHO E A BREVÍSSIMA CHEGADA DO SISTEMA FINANCEIRO

Pode-se dizer que o capitalismo encontra uma fase inaugural, consolidada ao longo do século XVI, inerente ao mercantilismo encampado pelas metrópoles que conquistaram colônias e delas extraíram suas riquezas primárias³. O crescimento econômico de Espanha, Portugal, Inglaterra

¹ Diga-se, no Ocidente, posto que “na China, o sistema feudal foi abolido no século III, antes de nossa era, implantando-se, então, a propriedade privada da terra. (...) No Japão, a Idade Média vai até 1861, quando então, com o apoio da nobreza, foi possível a extinção do senhorio territorial, abolindo os direitos senhoriais. Os titulares do sistema feudal, os *samurai*, empobreceram-se, dedicando-se então ao mundo dos negócios. Deste modo, apareceram os capitalistas japoneses”, conforme WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 108-109.

² Mesmo tomando por base a ordem econômica brasileira consagrada nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988 – que apresenta grave paradoxo ao tentar compartilhar “valorização do trabalho” com “livre iniciativa” –, estão registrados princípios como: redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido a pequenas empresas. Sobretudo, apresenta como finalidade “assegurar a todos existência digna”.

³ “A circulação das mercadorias é o ponto de partida do capital. A produção de mercadorias e o comércio, forma

e Holanda, nesse período, está indubitavelmente implicado com as relações comerciais travadas na Europa, no Mediterrâneo e no Índico, a partir de mercadorias (produtos e, mais tarde, pessoas!) retirados das Américas e África.

O colonialismo, o metalismo, o comércio exterior e as balanças comerciais disponibilizaram aos detentores dos meios de produção a circulação de riquezas entre si e a ampliação do capital, a custo da exploração de um 3º Mundo recém “descoberto”.

Essa prática perdurou pelos séculos XVII e XVIII, quando foi possível verificar a ampliação de um sistema absolutista de poder, permanentemente contestado por uma corrente filosófica que pretendeu fazer revolução.⁴ Ocorre que essa corrente era partícipe de uma classe, então “oprimida”, que de certa forma pretendia uma liberdade velada: a liberdade para, no mercado, dispor da força de trabalho. Ou seja: pelo projeto revolucionário, todos seriam livres para escolher os seus senhores! É nesse momento que ocorreu o rompimento da sociabilidade feudal, onde o homem pertencia ao senhor, para a inauguração de outra sociabilidade, onde o homem, no mercado, se venderia ao senhor. Ocorreu, com isso, a promessa de libertação do homem. Mas há um pressuposto nessa nova sociabilidade, posto alguém comprar a força de trabalho disponibilizada no mercado. Como não podem todos vender a sua força de trabalho, alguém vende e alguém compra; e o que diferencia essa capacidade é, exatamente, a posse dos meios de produção. Surge assim um novo contrato: compra e venda de força de trabalho.

Preparadas as bases para o exercício do poder econômico (que dá “o tom” ao poder político), a burguesia impôs, pela tecnologia, a reformulação na indústria moderna, alçando-se a uma camada cada vez mais distanciada dos vendedores de força de trabalho. Eis a fase segunda do desenvolvimento capitalista.

O industrialismo, evolução do mercantilismo no que tange aos sistemas produtivos, tomado corpo desde a revolução industrial inglesa do século XIX, antes de centralizar a circulação do capital (projeto da terceira fase do capitalismo, ocorrido na seara dos sistemas financeiros), expandiu consideravelmente a mais-valia diante dos mecanismos de apropriação e customiza-

desenvolvida da circulação de mercadorias, constituem as condições históricas que dão origem ao capital. O comércio e o mercado mundiais inauguram no século XVI a moderna história do capital”, conforme MARX, Karl. O capital: crítica da economia política, v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 177.

⁴ Nesse sentido, a revolução francesa foi a ruptura entre burgueses e nobres na pretensão de apropriação da força de trabalho.

ção da força de trabalho.⁵ A fábrica se tornou símbolo de poder econômico e ampliou de forma significativa o processo comercial, pois que as mercadorias de troca eram geradas em larga escala, para consumo global.

Paralelamente a esse paradigma, o sistema bancário se desenvolveu (desde as casas de custódia) no fito de servir aos detentores de lastro, a quem a circulação de valores importava. A moderna história do banco se confunde com a implantação de um sistema financeiro sofisticado e burocratizado, que nos estudos de Max Weber resta claro estar a serviço do poder central (político e econômico). O estudo da burocracia em Weber previa, em sua expansão, “o maior perigo ao homem”, porquanto seria a burocracia um tipo de poder, igual à organização, que, sendo racional, e implicando em divisão do trabalho, acontece visando a fins específicos; cabe perguntar a quem interessam esses fins e como se comportam diante da divisão social do trabalho.

Nessa esteira se aprimora o sistema financeiro, uma espécie de “terceira fase” do capitalismo moderno, que encontra no setor bancário a sua expressão clímax, o verdadeiro centralizador do capital pertinente ao sistema, o detentor da hegemonia acerca da circulação financeira da sociedade, a burocratização máxima no fim de deter poder econômico e, conseqüentemente, político; pois tudo se dá no campo do sistema financeiro: o pagamento e recebimento de salários, proventos e pensões, o reco-

⁵ Talvez resida em Taylor a expressão máxima desse processo, quando “cronometra”, nas linhas de produção, o tempo utilizado e o tempo necessário a determinado procedimento industrial. A diferença entre um e outro deve ser otimizada em produção, o que pode elevar a capacidade produtiva – e a sua conseqüente lucratividade – em patamares impressionantes! Isso tudo, a custo do trabalhador, que trabalha mais para ganhar o mesmo (que é pouco). “Taylor funda-se no estudo de tempos e movimentos, na procura de uma capatazia funcional, no uso de incentivos econômicos, tarifa diferencial de salário. O taylorismo implantado permite altos lucros com baixo nível salarial, a curto prazo, a custo de tensões sociais. (...) O estudo do tempo e a cronometragem definem-se como pedra angular de seu sistema de racionalização do trabalho”, conforme TRAGTENBERG, Maurício. Burocracia e ideologia. 2. ed., São Paulo: UNESP, 2006. p. 88-90. Simone Weil muito bem relatou essa experiência, quando de seu labor na fábrica da Renault, assim descrito: “Uma fábrica, em algum lugar do subúrbio, num dia de primavera, durante os primeiros calores tão opressivos para os que penam. O ar é pesado com cheiro de pintura e verniz. É meu primeiro dia nesta fábrica. Na véspera me tinha parecido acolhedora: ao fim de um dia inteiro medindo ruas, apresentando certificados inúteis, enfim este escritório de empregos se interessou por mim. Como evitar, no primeiro momento, um sentimento de gratidão? Aqui estou eu diante de uma máquina. Contar 50 peças... colocá-las uma a uma na máquina, deste lado, do outro não... manejar uma alavanca de cada vez... tirar a peça... colocar uma outra... mais outra... contar outra vez... Não vou com a rapidez necessária. Começa o cansaço. É preciso forçar, impedir que um minuto de parada separe um movimento do movimento seguinte. Mais depressa, ainda mais depressa! Vamos! (...) Chega o contramestre. ‘Quantas você faz? 400 por hora? É preciso 800. Se não, você não fica. Se, a partir de agora, você fizer 800 talvez eu concorde e você fica’. Fala sem levantar a voz. Para que levantar a voz, se com uma palavra pode provocar tanta angústia? (...) O sinal, bater o ponto, vestir-se, sair da fábrica com o corpo esvaziado de toda energia vital, a alma oca de pensamentos, o coração mergulhado no desgosto, raiva muda e, acima de tudo isso, um sentimento de impotência e de submissão. Porque a única esperança para o dia seguinte é que se dignem deixarme passar ainda um dia como este. Quanto aos dias que virão depois, estão muito longe. A imaginação se recusa a percorrer um número tão grande de minutos tristes”, conforme WEIL, Simone. A condição operária e outros estudos sobre a opressão. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 120-121.

lhimento de tributos, o pagamento e o recebimento de contas pessoais, o complemento previdenciário, o sistema securitário, a aplicação financeira em ações, bônus, debêntures, poupança, cotas de investimento, enfim, da subsistência à especulação, todas as atividades das vidas humanas incluídas “no sistema” acontecem dentro do sistema financeiro, a partir de uma peculiar instituição, o banco.

No Brasil, o banco está inserido – como não poderia deixar de ser – em um complexo arcabouço burocrático denominado Sistema Financeiro Nacional, que se compõe das seguintes entidades⁶:

- Órgãos Normativos:
 - Conselho Monetário Nacional – CMN
 - Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP
 - Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC
- Entidades supervisoras:
 - Banco Central do Brasil – Bacen
 - Comissão de Valores Mobiliários – CVM
 - Superintendência de Seguros Privados – Susep
 - Secretaria de Previdência Complementar – SPC
- Operadores:
 - Instituições financeiras captadoras de depósitos à vista
 - Bancos Múltiplos
 - Bancos Comerciais
 - Caixa Econômica Federal
 - Cooperativas de Crédito
 - Bolsas de mercadorias e futuros
 - IRB – Brasil Resseguros
 - Entidades fechadas de previdência complementar (fundos de pensão)
 - Demais instituições financeiras

⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br/?SFNCOMP>>.

- Agências de Fomento
- Associações de Poupança e Empréstimo
- Bancos de Câmbio
- Bancos de Desenvolvimento
- Bancos de Investimento
- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)
- Companhias Hipotecárias
- Cooperativas Centrais de Crédito
- Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento
- Sociedades de Crédito Imobiliário
- Sociedades de Crédito ao Microempreendedor
- Bancos de câmbio
- Bolsas de valores
- Sociedades seguradoras
- Outros intermediários financeiros e administradores de recursos de terceiros
 - Administradoras de Consórcio
 - Sociedades de Arrendamento Mercantil
 - Sociedades Corretoras de Câmbio
 - Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários
 - Sociedades de Crédito Imobiliário
 - Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários
- Sociedades de capitalização
- Entidades abertas de previdência complementar

Em verdade, os bancos autorizados a funcionar no Brasil, sejam nacionais, multinacionais, públicos ou privados, oferecem serviços que vinculam toda a vida individual do brasileiro: em suma, pagamentos e recebimentos, financiamentos e investimentos, seguros e previdência. O Banco Central do Brasil define banco múltiplo como “instituições financeiras privadas ou públicas que realizam as operações ativas, passivas e acessórias das diversas instituições financeiras, por intermédio das seguintes carteiras: comercial, de investimento e/ou de desenvolvimento, de crédito imobiliário, de arrendamento mercantil e de crédito, financiamento e investimento”.⁷

É obviamente pertinente a análise de todos os órgãos e entidades formadores do Sistema Financeiro Nacional, mas nesse texto a ênfase deve ser dada à categoria dos bancos múltiplos, acessados cotidianamente, direta e imediatamente pelo povo brasileiro (ou parte dele).

3. DOIS ESTUDOS DE CASO

A tese defendida pela Professora Liliana Segnini na PUC-SP, sob orientação de Maurício Tragtenberg apud (SEGNINI, 1988)⁸, abordou as relações de poder e a formação do sujeito disciplinado no contexto do, então, maior banco privado do Brasil: o Banco Brasileiro de Descontos S/A (Bradesco). Deteve-se, na fundamentação teórica, aos conceitos de poder disciplinar (Foucault) e mais-valia pela exploração do trabalho (Marx).

Destaca-se da referida tese o aspecto da concentração de mais-valia apropriada na esfera do trabalho, quando se observa, por exemplo, a partir de dados extraídos do Sindicato dos Bancários e da Revista Bancária Brasileira, que o Bradesco foi o banco que apresentou maior lucratividade no ano de 1985, às custas dos menores índices salariais concomitantes à maior jornada de trabalho no setor.

A força de trabalho acabou por ser a maior responsável pela lucratividade – e crescimento – da instituição no Brasil, pautada pela fusão entre o excesso de “mercadoria” disponível e a precariedade de proteção legal aos trabalhadores. Ora, a mercadoria força de trabalho cria valor ao ser consumida, e através da apropriação desse valor o proprietário (no caso, o banco) realiza o capital. Assim sendo, o cerne dessa pesquisa doutoral

⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/bm.asp>> .

⁸ SEGNINI, Liliana. **A liturgia do poder**: trabalho e disciplina. São Paulo: EDUC, 1988.

esteve no estabelecimento das relações entre a prática capitalista do banco e os interesses dos seus “colaboradores”.

O ponto crucial de debate surgiu na constatação de que a educação contribuiu para com a formação da força de trabalho adequada à instituição bancária: “qualificada o suficiente (e não mais!) para realizar a tarefa parcelar que lhe é destinada de acordo com a organização do processo de trabalho”.⁹

Nesse mister, criou o banco a Fundação Bradesco, com a meta de angariar mão-de-obra barata e disciplinada, como se depreende de seus estatutos ao objetivar o seguinte: “proporcionar, aos funcionários do Banco Brasileiro de Descontos S/A e aos de empresas ligadas, extensivo a crianças outras, de quaisquer procedências, carentes de benefícios educacionais, os cursos de 1º e 2º graus profissionalizantes, os de alfabetização, o de enfermagem e os técnicos de várias especialidades (...)”.¹⁰

Ressalta-se: cursos de 1º e 2º graus *profissionalizantes* (crianças profissionais), *enfermagem* (e não medicina), cursos *técnicos* (e não superiores). Cursos que pretendem formar mão-de-obra especializada e direcionada aos interesses da própria instituição, para meninos e meninas, rapazes e moças que serão os futuros trabalhadores da organização.

Quanto às meninas, “através da disciplina ‘Educação para o Lar’, aprendem a cuidar de crianças, costurar, lavar e passar roupa, cozinhar. Além disso, ‘aprendem a viver sem desperdiçar, de acordo com o salário do futuro marido’. Isto quer dizer que, através de um fictício envelope de pagamento referente ao salário médio de um escriturário das organizações Bradesco, deverá realizar as ‘compras necessárias para a casa’ e aprender a poupar. Mesmo que não venham a ser funcionárias do Banco, estão sendo ‘preparadas’ para se casar e produzir força de trabalho de acordo com os princípios da instituição”.¹¹ A escola da Fundação, fulcrada no conservadorismo, ensina as futuras “boas mães e esposas” e contribui para com a realização do que chama de responsabilidade social.

Outro claro exemplo do poder disciplinar utilizado pelo banco ao selecionar candidatos ao emprego está no fato de exigir dos futuros trabalhadores um certo grau de religiosidade. Em entrevista com funcionário do Departamento Pessoal do Bradesco foi coletado o seguinte depoimento:

⁹ SEGNINI, op. cit., p. 38.

¹⁰ Ibid, p. 40.

¹¹ SEGNINI, op. cit., p. 55.

serão selecionados, preferencialmente, os candidatos que possuam alguma crença religiosa, não privilegiando nenhuma crença em particular. Não é regra escrita, porém, procuramos selecionar somente pessoas que tenham alguma crença religiosa. Não precisa ser protestante, nem católico, nem [pertencer a] qualquer outro tipo de religião. Basta acreditar em um ser superior, senão vira bagunça; não há respeito às normas e hierarquias.¹²

Esse critério está diretamente vinculado ao respeito (ou temor) metafísico que predispõe o “crente” ao derivativo respeito (temor!) físico: o chefe está na terra assim como Deus está no céu.

Ora, a instituição se promove (interna e externamente) através da “responsabilidade social” que realiza, ao disponibilizar para mais de 33.000 crianças inseridas num contexto de marginalidade sócio-econômica as ferramentas capazes de “elevá-las” (“transformá-las”) ao grau de força de trabalho produtiva e disciplinada: um emprego! “Esta proposta sensibiliza a burguesia (possíveis clientes do banco) e possibilita a obtenção de condecorações por parte do Estado. Assim sendo, as atividades educacionais são divulgadas reforçando positivamente a imagem da organização junto ao público”.¹³ O objetivo final se consagra: a partir da utilização da tecnologia disciplinar, o Bradesco, mantendo o seu ideário, revela que o processo educacional é, em verdade, um instrumento a serviço do capital. “Por esta razão, a educação torna-se investimento: objetiva a formação de trabalhadores docilizados, não questionadores da realidade por eles vivenciadas, produtivos e de baixo custo”.¹⁴

Em último destaque vale registrar parte da “declaração de princípios”, firmada por todo e qualquer novo funcionário da instituição:

Eu, fulano de tal, prometo, solene e fielmente, com otimismo e entusiasmo que seguirei e defenderei os princípios que a seguir declaro: 1 – Amar o Brasil, dedicando-me integralmente a ele e trabalhando sempre mais e melhor, até onde minhas forças permitirem; 2 – Colocar os interesses públicos, os do Banco e demais organizações Bradesco acima dos meus próprios interesses; 3 – Dentro da convicção de que ‘só o trabalho pode produzir riquezas’, agir com plena dedicação ao mesmo,

¹² Ibid, p. 65.

¹³ Ibid, p. 50.

¹⁴ Ibid, p. 56.

com todo meu amor, minha disciplina e justa humildade; 4 – Respeitar e manter o princípio da hierarquia, condição essencial, quer no Estado, na Família e na Sociedade, para o aprimoramento do homem; (...). Local, data, ASSINATURA.¹⁵

Passados mais de vinte anos, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sob comando do Professor Márcio Pochmann, emitiu relatório que tratou da indústria bancária no cenário da crise financeira entre 2008 e 2009.¹⁶

O primeiro ponto merecedor de análise diz respeito ao comando do mercado pelo “mercado de capitais”, onde as atividades financeira e bancária assumiram a centralidade das políticas governamentais. Nesse particular é cabível a observação do Professor Siegfried Kumpel, quando aduz que “os investidores não têm acesso direto aos mercados de capitais, por razões técnicas de mercado. Por isso precisam incumbir os bancos de atuarem como intermediários de mercado, para que estes lhes comprem ou vendam valores mobiliários”.¹⁷

A atuação da indústria bancária no mundo, e também no Brasil, está centrada na intermediação financeira, na custódia de valores, na garantia de bens, na especulação cambial, e, por esse motivo (porque trabalha com dinheiro alheio), sujeita à maior problemática que pode implicar em desempenho econômico impactante em sentido amplo: a inadimplência financeira, causa maior das crises financeiras globais (a exemplo de 1929 e 2008).

A partir desse argumento, e na perspectiva do esvaziamento do Estado no mercado financeiro,¹⁸ é possível constatar que essa crescente privatização (acirrada na década de 1990 e agora estagnada), seguida das “fusões e aquisições” no segmento bancário, resultou num ganho expressivo das empresas multinacionais, que pretendem encampar todo o processo de produção capitalista, nesta “terceira fase”.

¹⁵ SEGNINI, op. cit., p. 115-116.

¹⁶ IPEA. **Transformações na indústria bancária brasileira e o cenário de crise**. Comunicado da Presidência, nº 20, abr. 2009.

¹⁷ KÜMPEL, Siegfried. **Direito do mercado de capitais**: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro. Uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 5.

¹⁸ “A presença do Estado no total dos ativos bancários caiu 37,5% na América Latina e 44,4% nos países da Europa do leste entre as décadas de 1970 e 1990. Já na região asiática, a redução na participação do setor público no total dos ativos bancários foi bem menor, 16,3% nos países da Ásia do leste e apenas 6,4% no sul da Ásia durante o mesmo período de tempo. No período de 1987 a 2003, por exemplo, mais de 250 bancos foram privatizados no mundo, representando uma injeção de 143 bilhões de dólares nos cofres estatais. Somente no Brasil, os recursos envolvidos com a privatização bancária alcançaram a soma acumulada de 6,5 bilhões de dólares, conforme o Banco Central” (IPEA, op. cit., p. 3).

No Brasil, os 20 maiores bancos concentram 86% do total de ativos,¹⁹ sendo que os bancos públicos respondem por menos de 1/3 do total de operações de crédito (ao passo que no início da década de 1990 englobava mais de dois terços das operações).

Tal segregação fica melhor esclarecida quando se observa, diante da intenção eminentemente lucrativa do setor, o ponto que parece ser de maior gravidade quando se registra a relação média entre população e agência bancária no Brasil; é escandalosa a exclusão bancária e a elitização da prestação desse “serviço”²⁰ no País: as regiões sul e sudeste são contempladas por 84% do crédito bancário, ao passo que 505 municípios brasileiros (9% do total de municípios) não possuem qualquer agência. 9% dos municípios brasileiros – e dos brasileiros que ali vivem – estão “excluídos do sistema”. Sujeitos contabilizados mas não reconhecidos.

Um último dado apresentado pelo relatório do IPEA, e não menos importante, diz respeito ao custo do crédito para o povo e o empresariado. A taxa média anual real de juros sobre empréstimos pessoais varia de 63,42% (HSBC) a 55,74% (Santander) no Brasil, ao passo que nos seus países de origem, por exemplo, o HSBC aplica a taxa de 6,60%, e o Santander 10,81%. Ou seja, para empréstimos realizados à pessoa física, o custo financeiro é 10 vezes maior no Brasil do que no exterior.

Sendo o crédito a força motora que sustenta o crescimento econômico, fica claro que o desenvolvimento econômico será cabível apenas aos detentores dos meios de produção em suas respectivas localidades²¹: trata-se de um plano velado, articulado, burocrático, e apoiado pelos governos, para manter o 1º e o 3º Mundos nos seus respectivos lugares.

¹⁹ IPEA, op. cit., p. 5.

²⁰ Quando não “produto”, diante da pressão exercida pelas administrações para que os seus “colaboradores” vendam desenfreadamente seguros, previdências, “super-capitalizações” etc.

²¹ Nesse particular, esclarece KÚMPEL: “Grandes empresas precisam buscar recursos financeiros no exterior para cobrir sua necessidade de financiamento. A experiência demonstra, porém, que especialmente o investidor estrangeiro investe somente em mercados com capacidade funcional. De resto, o Mercado de Capitais serve à aquisição de ações e de debêntures para as diferentes formas de previdência privada, cada vez mais indispensável pelo menos como um complemento à previdência pública. (...) Finalmente, o próprio Estado como tomador de capital está interessado em mercados eficientes. Somente em mercados eficientes existe a possibilidade das necessidades estatais de financiamento serem saciadas através de uma emissão pulverizada de debêntures (emissão de empréstimos). Arrecadações de impostos oscilantes podem causar inesperados déficits financeiros no orçamento público. Tais déficits precisam ser cobertos mediante o recurso ao Mercado de Capitais” (KÚMPEL, op. cit., p. 9-10). No mesmo sentido, aduz SADDI: “O crédito pode ser a chave do desenvolvimento do Brasil e se não for o mais relevante elemento do crescimento econômico, certamente é um dos principais” (SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**: uma análise de direito e economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 307).

O comprovado erro de Adam Smith²² esteve no pressuposto de igualdade de condições para a luta pela riqueza “cada homem, desde que não viole as leis da justiça, fica perfeitamente livre para perseguir seu próprio interesse à sua maneira e colocar sua diligência e seu capital em competição com os de qualquer outro homem”.²³

É claramente perceptível que os homens não chegam ao mercado em igualdade de condições. Os seus capitais social e cultural já os distinguem na porta de entrada do mercado. Inevitavelmente uns são mais do que outros, e a situação é agravada quando os meios de produção estão à mostra (trabalho humano e livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica brasileira?).

Marx e Engels bem definiram no “Manifesto” a conotação do sistema capitalista, que pode valer como a súmula do sistema financeiro, nestes termos: “a burguesia, onde conquistou o poder, destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Rasgou sem compunção todos os diversos laços feudais que prendiam o homem aos seus “superiores naturais” e não deixou entre homem e homem outro vínculo que não o do frio interesse, o do insensível ‘pagamento em dinheiro’. Afogou a sagrada reverência da exaltação religiosa, do entusiasmo cavalheiresco, da melancolia sentimental do burguês filisteu nas águas geladas do cálculo egoísta. Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca e, no lugar de um sem-número de liberdades legítimas e duramente conquistadas, colocou a liberdade *única*, sem escrúpulos, do comércio. Numa palavra, no lugar da exploração velada por ilusões políticas e religiosas, colocou a exploração seca, direta, despidorada, aberta”.²⁴

E arrematam, como síntese revolucionária, como inspiração para a transformação: “a condição essencial para a existência e o domínio da classe burguesa é a acumulação da riqueza nas mãos de particulares, a formação e a multiplicação do capital; a condição do capital é o trabalho assalariado. O trabalho assalariado baseia-se exclusivamente na concorrência entre os operários. O progresso da indústria, de que a burguesia é portadora indiferente e involuntária, substitui o isolamento dos operários, resultante da concorrência, pela sua união revolucionária, resultante da associação. O desenvolvimento da grande indústria, assim, retira da burguesia e própria base sobre a qual assentou o seu regime de produção e apropriação.

²² Já denunciado por Karl Marx e por John Nash, dentre outros.

²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. **Direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

²⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 1998. p. 7.

A burguesia produz, sobretudo, os seus próprios coveiros. A sua queda e a vitória do proletariado são igualmente inevitáveis”.²⁵

4. SISTEMA FINANCEIRO E RECONHECIMENTO

Axel Honneth, autor vinculado à tradição da teoria crítica, procura trabalhar a construção social da identidade do sujeito com respaldo no processo de “luta”, entendida então como uma “luta por reconhecimento”.²⁶ Encontra no jovem Hegel (de Jena) os elementos formativos dessa teoria, vislumbrando na “luta” uma força moral que impulsiona o desenvolvimento social. Segundo o autor, Hegel defende naquela época a:

convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intra-social para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade, inerente à vida social desde o começo na qualidade de uma tensão moral que volta a impelir para além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e, desse modo, conduz pouco a pouco a um estado de liberdade comunicativamente vivida, pelo caminho negativo de um conflito a se repetir de maneira gradativa.²⁷

A constituição da propriedade, não obstante a acumulação primitiva do capital (Marx), é lida por Honneth como o reconhecimento recíproco de sujeitos portadores de pretensões legítimas quanto à apropriação das coisas. E essa reciprocidade se manifesta na “troca”, momento em que é possível, de parte a outra, aceitar ou recusar as ofertas: o exercício dessa “liberdade” de convicção é negativamente determinada quando da recusa da oferta, o que deverá ferir a pretensão do outro se a troca em questão estiver no seu imediato interesse.

A recusa, a refutação, a ofensa e, enfim, o crime, constituem ferida cabal à forma universal de reconhecimento, dado pelo estabelecimento de relações jurídicas (normativas, pautadas no contrato social). O crime não

²⁵ Ibid, p. 19-20.

²⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

²⁷ Ibid., p. 29.

subtrai apenas o direito da vítima (vida, honra, propriedade *etc.*), mas a “pessoalidade” como um todo (Hegel). O criminoso também possui pretensões. E a “luta” originada entre delinquente e vítima (dois sujeitos juridicamente capazes) se desdobra na constituição de suas subjetividades, devendo nesse caso ser mantida a personalidade da vítima, por estar resistindo pela integridade de sua vida ou honra ou patrimônio – consequentemente, pela sua “pessoa” como um todo; ao passo que o bandido quer apenas a apropriação fria e cruel de algo que efetivamente não lhe pertence. A lesão pessoal da vítima é a causa de sua inteira personalidade.

A ordem pretendida pela fenomenologia hegeliana consagra em primeiro plano a relação do indivíduo consigo próprio; depois, deverão ocorrer as relações recíprocas institucionalizadas dos sujeitos; finalmente, a reflexão dos sujeitos socializados é aplicada ao mundo.

Assim, a primeira manifestação de reconhecimento ocorre na sexualidade, entendida como a mais ampla relação entre sujeitos (saber-se-no-outro), quando ambos os parceiros desejam, em verdade, a satisfação do outro, o “desejo” do outro. Na dedicação amorosa de um casal, os partícipes se sabem unidos e mutuamente dependentes.

O direito, como elemento de institucionalização dos sujeitos, só pode ser compreendido plenamente a partir do instante em que o sujeito possua um saber acerca de suas obrigações perante o outro: “apenas da perspectiva normativa de um ‘outro generalizado’, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões”.²⁸

E a terceira etapa consiste na solidariedade; após reconhecido o indivíduo e tendo ele se relacionado com o outro, resta implicada a sua relação com o mundo: “a autocompreensão cultural de uma sociedade predetermina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperaram na implementação de valores culturalmente definidos; nesse sentido, essa forma de reconhecimento recíproco está ligada também à pressuposição de um contexto de vida social cujos membros constituem uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns”.²⁹

²⁸ HONNETH, *op. cit.*, p. 170.

²⁹ *Ibid.*, p. 176.

Assim, “por ‘solidariedade’ pode se entender, numa primeira aproximação, uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica”.³⁰

Consolidado o reconhecimento, a dialética do senhor e do escravo (de Hegel³¹) contribui com a análise do trabalho na formação do sujeito. Para tanto, Honneth busca em Mead o conceito de trabalho socialmente útil, como o sentimento do sujeito que “cumpre bem” a função que lhe fora atribuída na divisão social do trabalho. Dessa maneira, “um indivíduo só é capaz de respeitar-se a si mesmo de um modo integral quando, no quadro da distribuição objetivamente dada de funções, pode identificar a contribuição positiva que ele traz para a reprodução da coletividade”.³²

O conceito de dignidade humana também surge em Honneth, desta maneira:

nos catálogos modernos de direitos fundamentais, é garantida a todos os homens, em igual medida, uma proteção jurídica de sua reputação social, embora continue obscuro até hoje que conseqüências jurídicas práticas estariam ligadas a isso. (...) uma pessoa só pode se sentir ‘valiosa’ quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais.³³

É inegável que a honra, a reputação, o prestígio dos sujeitos, compõem o conceito de dignidade humana. E qualquer violação ou privação destes “direitos” consagra desrespeito à identidade pessoal do sujeito. Se os maus tratos físicos acarretam “vergonha social” à vítima³⁴, é forçoso dizer que qualquer desrespeito moral ou psíquico, em qualquer campo de atuação, pode causar o mesmo sentimento de “perda de confiança em si e no mundo”.³⁵

³⁰ Ibid, p. 209.

³¹ HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do espírito**. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1992. p. 126-134.

³² HEGEL, op. cit., p. 150.

³³ Ibid, p. 204.

³⁴ “Os maus-tratos físicos de um sujeito representam um tipo de desrespeito que fere duradouramente a confiança, aprendida através do amor, na capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo; daí a conseqüência ser também, com efeito, uma perda de confiança em si e no mundo, que se estende até as camadas corporais do relacionamento prático com outros sujeitos, emparelhada com uma espécie de vergonha social” (Ibid, p. 215).

³⁵ Assim esclarece Honneth: “com a experiência do rebaixamento e da humilhação social, os seres humanos são ameaçados em sua identidade da mesma maneira que o são em sua vida física com o sofrimento de doenças”

O distanciamento entre os detentores do capital em sua terceira fase e os trabalhadores desse segmento, ou ainda os usuários dos serviços (e produtos) por eles disponibilizados, clarifica a relação dialética entre eles travada. Mais do que isso, materialista histórica, posto ser resultado do enfrentamento histórico entre os dominantes e dominados que agora disputam esse espaço de reconhecimento.

Quando o banco não disponibiliza agência de atendimento para quase um décimo dos municípios, quando pratica juros extorsivos comparativamente às práticas em seus países de origem, quando comete ilícitudes – tais como a capitalização de juros, a cobrança de valores indevidos, a apropriação arbitrária e indevida de valores em contas de correntistas, o atraso no pagamento de prêmios securitários, a inscrição indevida de correntistas em cadastros restritivos de crédito sem o exercício do contraditório, a aplicação de valores em fundos próprios a partir dos depósitos à prazo no exercício de juros majorados aos originários *etc.* –, está o banco incorrendo no desrespeito que violenta o brasileiro e anula a sua subjetividade e dignidade. Pode Honneth assim complementar:

por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.³⁶

(HONNETH, *op. cit.*, p. 219). E ainda: “o conteúdo emocional da vergonha consiste, como constatam em comum acordo as abordagens psicanalíticas e fenomenológicas, em uma espécie de rebaixamento do sentimento do próprio valor; o sujeito, que se envergonha de si mesmo na experiência do rechaço de sua ação, sabe-se como alguém de valor social menor do que havia suposto previamente; considerando-se de uma perspectiva psicanalítica, isso significa que a violação de uma norma moral, refreando a ação, não atinge aqui negativamente o superego, mas sim os ideais de ego de um sujeito” (*ibid.*, p. 222-223).

³⁶ HONNETH, *op. cit.*, p. 217.

Na medida em que a livre iniciativa se sobrepõe ao trabalho – pois só pode concorrer na perspectiva da livre iniciativa e livre concorrência aqueles que detêm os meios de produção, o que retira dos trabalhadores tal possibilidade –, há uma clara defasagem de classes que se formam, antagônicas entre si, detentoras de interesses próprios e divergentes, pois uma quer explorar e outra não quer ser explorada.

Ocorre que sem os trabalhadores a classe proprietária não subsiste (eis a inversão dialética hegeliana) e essa classe corresponde à maioria esmagadora de todas as sociedades.

Paradoxalmente, os trabalhadores percebem suas remunerações, em regra, pelo sistema bancário, onde, aliás, realizam empréstimos pessoais, pagam contas e despesas correntes, mantêm financiamentos de veículos, imobiliários, creditícios. Identificado o setor bancário como o terceiro momento da expansão capitalista, as diferenças apresentadas entre os detentores dos meios de produção (banqueiros ou industriais) e os detentores de força produtiva (trabalhadores) implica numa constante e dinâmica “luta por reconhecimento”.³⁷ O final da história, em Marx, é a vitória do consumidor bancário. E temos apreciado, nas últimas décadas, precisamente o oposto, sob a proteção do Estado, sempre benevolente mais com o banco, pertencente ele também ao “sistema”, do que com o cidadão, verdadeiro receptor de um conjunto de proteções que cada vez mais se lhes distanciam.

REFERÊNCIAS

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. **Direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Transformações na indústria bancária brasileira e o cenário de crise**. Comunicado da Presidência, nº 20, abril de 2009.

³⁷ “Marx compreende agora o capitalismo, isto é, o poder de dispor dos meios de produção que uma única classe detém, como ordem social que destrói necessariamente as relações de reconhecimento entre os homens mediadas pelo trabalho; pois, com a separação dos meios de produção, é arrancada aos trabalhadores também a possibilidade do controle autônomo de sua atividade, a qual é, no entanto, o pressuposto social para que eles se possam reconhecer reciprocamente como parceiros de cooperação num contexto de vida em comunidade.” (...) “A luta de classes não representa para ele primeiramente um confronto estratégico pela aquisição de bens ou instrumentos de poder, mas um conflito moral, no qual se trata da “libertação” do trabalho, considerada a condição decisiva da estima simétrica e da autoconsciência individual” (MARX, op. cit., p. 232).

HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do espírito**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

KÜMPEL, Siegfried. **Direito do mercado de capitais**: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro. Uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**, v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil**: uma análise de direito e economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SEGNINI, Liliana. **A liturgia do poder**: trabalho e disciplina. São Paulo: EDUC, 1988.

TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e ideologia**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2006.

WEIL, Simone. **A condição operária e outros estudos sobre a opressão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FABIO CALDAS DE ARAÚJO

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP -
Magistrado no Estado do Paraná.

Reflexões
sobre os meios
eletrônicos
no Direito
Material e
Processual

1 . AS METAMORFOSES E DESAFIOS DO SÉCULO XXI

A motivação quanto à escolha do tema se prende a uma constatação da velocidade das transformações operadas no direito processual e material no último quartel. E mais, estas modificações alcançam não apenas o direito brasileiro, mas o direito estrangeiro, com especial relevância para ordenamentos que são a bases de nossa construção dogmática civil e processual civil, como o alemão e o francês.¹

É possível constatar que uma das características da tão comentada pós-modernidade se reflete justamente na fluência de conceitos e na ausência de tipos normativos que correspondam a uma solução pronta para os casos concretos. Trata-se de um reflexo social, político e econômico, na medida em que os movimentos de integração e globalização fomentam uma repensar sobre institutos até então intocados. O desafio dos aplicadores do direito se revela justamente em acompanhar esta onda que atinge não apenas a base dos institutos jurídicos tradicionais, como a forma de materialização das relações jurídicas, notadamente, por meio dos contratos e do processo eletrônico. Esta constatação permite que sejam traçadas algumas considerações tomando-se em consideração os elementos que formam a base de sustentação do direito material e processual, qual seja, a relação jurídica. O seu exame exige uma análise sob a ótica do sujeito, do objeto e especialmente quanto à forma que consiste na abordagem principal de nosso singelo estudo.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA E SEU MODELO CARTESIANO

As transformações pelas quais nosso sistema passa exige um repensar sobre institutos até então intocados, bem como uma nova visão quanto aos meios de realização do direito material e processual. A relação jurídica representa a base de sustentação do direito material e processual, o que justifica a introdução do tema pela sua análise crítica junto ao sistema jurídico.

No século XIX após a revolução francesa e a queda da monarquia, o direito civil como direito laico e aplicável a todos os cidadãos exigiu sua sistematização que foi amplamente desenvolvida por Savigny, na Alemanha, com a criação da relação jurídica, apoiada nos estudo de Gaio. A primeira

¹ Para uma visão panorâmica (GUINCHARD, Serge. **Droit Processuel**: Droit Commun et droit compare du procès equitable. Paris: Dalloz, 2009. p. 14-19).

forma de divisão no tratamento das matérias pode ser buscada em Gaio, por volta do século II d.C., em suas famosas *Institutas*, aonde procurou dividir a exposição do direito romano em três partes: *personae* (pessoas), *res* (coisas), *actiones* (ações).² Nesta primitiva mas importantíssima separação, denota-se um lugar próprio para as ações, as quais foram abordadas junto ao famoso livro IV.³ Vale frisar que esta sistematização não refletia ainda uma separação entre o *direito público e privado*, pois a noção de jurisdição (enquanto poder, função e atividade,⁴ voltada para a solução de conflitos intersubjetivos e coletivos) era desconhecida para o povo do Lácio.⁵ A nota preponderante da atividade jurisdicional, consistente na atividade de pacificação pela substituição da autodefesa (*Selbsthilfe*),⁶ ganhou relevo com o surgimento e estruturação do Estado Moderno, o qual chamou para si a responsabilidade pela solução dos conflitos. Esta noção aflorou-se particularmente após a Revolução Francesa, com a delimitação política do Estado em três funções

² Como ensina Max Kaser, um dos maiores romanistas do século passado: “A estruturação da matéria jurídico-privada num sistema completamente dominado por princípios jurídicos é desconhecida no direito romano antigo”, in *Direito Privado Romano*, p. 41 (tradução original: *Römisches Privatrecht*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchandlung, München, 1992).

³ Sobre o livro IV, das *Institutas*, vide Arangio-Ruiz, V; GUARINO, Antonio. **Breviarium Iuris Romani**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1943, pp. 151 usque 194; Ainda, para uma visão do direito processual codificado no *Corpus Iuris Civilis*, através das *Institutas*, Spencer Vampré. **Institutas do Imperador Justiniano**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1915. p. 221 et. seq..

⁴ Dinamarco, Cândido Rangel; et. al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 129.

⁵ A primeira distinção entre o *ius publicum* e *ius privatum* é de origem romana, diferenciação que se incorporou ao uso moderno (*usus modernus pandectarum*). Foi Ulpiano quem primeiro utilizou esta distinção ao afirmar: “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”. Em vernáculo: “Direito Público é o que diz respeito ao Estado da República, privado o que diz respeito à utilidade das pessoas”. Como informa Max Kaser, muito embora esta definição seja mais usual e famosa, há outra que atende a um critério mais próximo ao sistema moderno, de autoria de Papiniano: “*ius publicum privatorum pactis non potest*” (D. 2,14, 38). Em vernáculo: “o Direito Público não pode ser mudado por acordo entre os particulares” apud KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. §3, II. p. 47.

⁶ Segundo Blomeyer, a proibição da autotutela já teria ocorrido no próprio Direito Romano: “*Die Durchsetzung eigenen Rechts durch Selbsthilfe wurde schon vom Kaiser Marc Aurel (160-180 n. Chr.) verboten*” (A realização do próprio Direito, através da autotutela, já havia sido proibida no reinado de Marco Aurélio - tradução livre), in *Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren*, §1, p. 01. O Decreto Divino de Marco Aurélio consta do *Digesto Livro IV, Título II, 13* de Calistrato: “*Quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit – tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur?*” (Em vernáculo: “como disse Marciano: não faça força alguma, César disse: crês que tu somente tem força se os homens forem feridos?”), vide Garcia del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tradução do original alemão dos irmãos Kriegel, Hermann e Osenbrüggen, t. I, 1ª parte, p. 347. Blomeyer ainda lembra que a proibição também estava incorporada junto ao antigo direito francês: “*In Frankreich führte der alte Satz „Nul ne peut faire justice à soi même”* (idem, *ibidem*, p. 01, nota 02). Por outro lado, como reconhece o ilustre jurista alemão, existem exceções, sendo relevante àquela prevista em nosso sistema para a defesa da posse. Trata-se do desforço pessoal, previsto pelo art. 1210, §1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Previsão semelhante está incorporada junto ao BGB, nos §§ 859 (*Selbsthilfe des Besitzers*) e 860 (*Selbsthilfe des Besitzdieners*). Observa-se que o desforço pessoal se revela medida legítima, não só para o possuidor (*Besitzer*), mas também para o detentor (*Besitzdiener*).

básicas: Executivo, Legislativo e Judiciário.⁷ No direito romano, em sua fase clássica, a atividade processual (período *per formulae*) era eminentemente privada, pois o juiz poderia, inclusive, negar-se a decidir o caso, bastaria que o declarasse *non liquet*. Isto acontecia pelo fato da atividade judicial ser privada. As partes procuravam espontaneamente o pretor para expor a contenda, a partir da qual nomeava-se um árbitro (*iudex*), dentre os cidadãos romanos capazes (ausência de *capitis deminutio*), para solucionar a questão. Em caso de erro, o próprio *iudex* poderia ser responsabilizado.⁸

A criação da relação jurídica permitiu o desenvolvimento e sistematização dos diversos ramos do direito: Família, Obrigações, Coisas, Contratos. Todos eles podem ser explicados e identificados pela posição dos sujeitos, do objeto e pela forma. Esta descoberta influenciou igualmente o direito processual civil, uma vez que ele também se apóia na existência da relação jurídico processual.

No campo processual, em uma primeira abordagem, Savigny, foi responsável pelo desenvolvimento da teoria imanentista, a qual afirmava que o direito de ação seria o reflexo do direito material em juízo. Este entendimento acabou cristalizado na máxima de Celso: “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*”.⁹ O direito de ação era nada mais que o próprio direito material em movimento,¹⁰ ou ainda, a autêntica imagem projetada na caverna de Platão, refletindo o arquétipo perfeito representado pelo inquebrantável e irrevogável *ius civile*,¹¹ re-

⁷ A Jurisdição, como um poder autônomo e independente, resultou de um longo processo de evolução do Estado Moderno. Somente a partir do século XV, como explica Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1934, t. I, §2º, p. 25), pode-se falar no Estado com a estrutura que hoje se concebe: “O estado tal como o concebemos hoje, só no século XV teve caracterizada a sua estrutura”. Nem Roma ou Grécia conheceram formas semelhantes de organização, pois naqueles regimes existiam cidades-estado, sem o conceito de soberania, marcadas pela independência política entre as gens. O mesmo aconteceu na Pérsia antiga com as sátrapas instituídas por Dario. A formação do Estado Moderno representou o fim do feudalismo, com a eliminação do poder dos senhores feudais, pressupostos essenciais para a consolidação do conceito de soberania. Aliás, o maior desafio ao surgimento do Estado Moderno pode ser expresso pelo ensinamento de Hermes Lima: “o problema foi justamente o de aparecer entre tantos senhores soberanos, só um que fosse soberano” (Introdução à Ciência do Direito, p. 328).

⁸ Como ensina Kaser (op. cit., p. 457) “ao iniciar a sua função o juiz deve jurar que actuará segundo o direito e verdade. Tem de adquirir os necessários conhecimentos de direito, se for necessário consultar juristas como conselheiros (*consilium*), cujo parecer não o vincule. Se o juiz não chegar a uma decisão, por não ver clara a situação de facto ou de direito, pode jurar não estar esclarecido sobre o caso (*rem sibi non liquere*)”. Quanto ao aspecto da responsabilidade, considerava-se o erro de julgamento como quase-delito, o que exigia a culpa como suporte fático (*idem*, op. cit., p. 290).

⁹ In verbis: “A ação é nada mais do que o direito de perseguir em juízo aquilo que é devido”.

¹⁰ Mesmo no início do século XX, ainda persistia esta noção como pode se observar da parte introdutória do Tratado de Garsonnet & Cezar-Brut sobre o conceito de ação: “***l’action n’est autre chose que le droit lui-même*** (grifo nosso), qui reste, pour ainsi dire, passif tant qu’il n’est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu’il est méconnu ou violé” (Traité Theorique et Pratique de Procédure Civile et Commerciale, t. I, n. 351. p. 520).

¹¹ Como atesta Crome, a fonte inicial do *ius civile*, abrangendo o direito privado e público, era a Lei das XII Tábuas,

ceptáculo de todo o direito material aplicável aos cidadãos romanos.¹² Ao contrário do direito contemporâneo, onde a disciplina do processo civil está inserida no quadrante do direito público, no período romanístico, o processo ainda permanecia no campo do direito privado.

Esta primeira corrente notabilizou-se com Savigny e foi denominada de imanentista, visto que as noções de direito subjetivo, pretensão e ação encontravam-se unidas. O grande teórico da posse não conseguiu vislumbrar a separação entre a relação jurídico-processual da relação de direito material. No entanto, conforme já se frisou, sua contribuição foi fundamental na elaboração da teoria da relação jurídica, lançando as sementes para que os frutos fossem colhidos anos mais tarde, pois graças à configuração da teoria da relação jurídica, Oscar von Bülow realizou a diferenciação entre o plano da relação material e processual, isolando esta última através da determinação de seus pressupostos.

2.1 O SUJEITO E O OBJETO NA RELAÇÃO JURÍDICA

Dentre as principais críticas dirigidas à superação da concepção da relação jurídica subsiste justamente no tratamento cartesiano conferido aos elementos essenciais do ato e do negócio jurídico, ou seja, ao sujeito e ao objeto. O conceptualismo que marcou a sua formulação reduziu os elementos ao mesmo tratamento jurídico conferindo um regime de igualdade incoerente. Como exemplo básico desta afirmação reside a declaração de nulidade ou anulabilidade do ato ou negócio jurídico. Os defeitos inerentes ao sujeito, ao objeto e à forma são tratados como causas uniformes para a rescisão do ato ou do negócio jurídico. Atualmente este tratamento

que continha as normas para a solução das principais questões atinentes ao direito civil e penal: “Das wichtigste Gesetz waren die XII Tafeln. Sie waren fons publici privatique juris (Liv. III, 37). Sie enthielten Normen für den Prozess und die hauptsächlichsten Bestimmungen des Privat- und Strafrechts” (A lei mais importante era a das XII Tábuas. Ela representava a fonte do direito público e privado. Ela continha normas a disciplina do processo e do direito material e penal - tradução livre), in Grundzüge des Römischen Privatrechts, § 20, p. 4. O ius civile (denominado de direito quiritário) era perpétuo e irrevogável, o que sobreleva a atuação do pretor na construção do direito honorário, que funcionou como forma alternativa de aplicação de novos institutos. Sobre a origem e distinção entre o ius civile e ius gentium e a importância da atividade do pretor, vide na literatura nacional, Amazonas de Figueiredo, Tratado de Direito Romano, p. 7-15; Vandick Londres da Nóbrega, História e Sistema do Direito Privado Romano, pp. 120-1; Ebert Chamoun, Instituições de Direito Romano, p. 29; Moreira Alves, Direito Romano, p. 85 (distinção na fase clássica); Sílvio A. B. Meira, Instituições de Direito Romano, p. 44; na literatura estrangeira, Max Kaser, Direito Privado Romano, p. 48/56; Emilio Costa, Storia delle Fonti del Diritto Romano, p. 76; Pietro Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano, p. 15. Ortolan, Législation Romaine, t. I, p. 560, dentre outros.

¹² A modificação na concepção na conceituação do ius civile ocorreu, de forma radical, só com a Revolução Francesa, que rendeu a elaboração do Código Napoleônico, que correspondeu justamente a uma codificação civil, que buscava disciplinar normas aplicáveis de forma igual, ao contrário da concepção romana e medieval, apud Wieacker, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 527.

uniforme é totalmente descabido. Sob a ótica constitucional esta uniformidade foi quebrada a partir do fortalecimento dos direitos fundamentais, com ênfase na segunda metade do século XX. O desenvolvimento dos direitos fundamentais, especialmente após a segunda metade do século XIX, pautou-se pelo fortalecimento da proteção do jurisdicionado mediante a eclosão de direitos fundamentais, que representa uma *limitação vertical* (Estado-cidadão), na qual o Estado é visto como um adversário (*Gegner*). Nesta perspectiva, os direitos fundamentais atuam como uma barreira passiva referente ao *status negativus* do cidadão, ou seja, conferem direitos de proteção ao cidadão em relação ao Estado (*Abwehrrechte des Bürger gegen den Staat*).¹³ Esta constatação já ilustra a defasagem na teoria da relação jurídica, uma vez que o sujeito necessita de tratamento diferenciado dentro da equação linear: sujeito-objeto-forma. A jurisprudência paulatinamente constrói este tratamento diferenciado abrandando a concepção de nulidade ou anulabilidade, em função da proteção essencial à pessoa do sujeito. Toda a construção sistêmica realizada para a proteção do terceiro de boa-fé toma em consideração a valorização do sujeito dentro da relação jurídica. Quando se impede a decretação de nulidade, ou anulabilidade pela aplicação das Súmulas 84 ou 92 do STJ, diferencia-se a posição do sujeito na relação jurídica, justamente porque se visualiza não *a relação jurídica*, mas a *situação jurídica concreta*.¹⁴

2.2 A CRISE EM TORNO DO CONCEITO DE OBJETO: O §90A DO BGB

A classificação do objeto dentro da relação jurídica assume importância fundamental, pois o centro de interesse do sujeito de direito recai sobre aquilo que reflete o interesse econômico e jurídico das partes. A necessidade de disciplinar a figura do objeto tem natureza histórica. Atualmente podemos identificar os bens jurídicos que compõe o objeto da relação jurídica, em três modalidades quanto à sua natureza: imóveis, semoventes ou móveis. A classificação supracitada é tão relevante que nosso sistema jurídico impõe forma diferenciada para a transmissão dos objetos imóveis, de acordo com o art. 108 de nosso CCB.

O direito romano aplicava indistintamente a *regra nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*, o que valia para bens móveis e imóveis. No

¹³ ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER. **Deutsches Staatsrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2008, § 16. p. 177.

¹⁴ Sobre a distinção entre relação jurídica e situação jurídica, por todos. (ASCENSÃO, Jose de Oliveira. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Coimbra. p. 24 et. seq).

direito medieval, a classificação entre os bens móveis e imóveis resultou na valorização dos últimos, em vista do poder político e econômico ser avaliado pela extensão do feudo. No direito romano esta diferenciação era equivalente à divisão dos bens em *res Mancipi* e *nec Mancipi*. Relembrando, as *res Mancipi* representavam os bens de maior valor e importância social (terras cultiváveis, animais de tiro e carga, escravos e servidões de passagem). Os motivos desta proteção especial são óbvios. Referidos bens representavam elementos essenciais para o sucesso econômico numa sociedade essencialmente agrária. Os romanos não deixaram de tutelar o terceiro de boa-fé nas alienações. Protegia-se o terceiro que tivesse adquirido um bem sem a fórmula da *Mancipatio*. Criaram-se duas formas de tutela, uma passiva e outra ativa. A primeira era a *exceptio rei venditae et traditae* e a segunda a *Actio Publiciana*.

2.2.1 Os Animais: Objetos ou Sujeitos de Direito?

Os animais são classificados como semoventes. Da mesma forma são objetos que integram o patrimônio jurídico e podem ser alvo inclusive de comércio. Todavia, quando classificamos os animais como “res” poderíamos defender a possibilidade de sua destruição? Afinal, a propriedade não permite que o seu titular a abandone, renuncie ou a destrua? De certa forma, a destruição de um animal pode ser evidenciada pelo seu abate e consumo, como acontece com os animais que ingressam na cadeia alimentar do ser humano. E o que falar dos animais de estimação?

A questão é extremamente relevante porque o nosso sistema jurídico começa a discutir a categoria de classificação dos animais. A experiência jurídica brasileira já submeteu a teste o *habeas corpus* para a proteção de animais. Há quase sete anos atrás foi ajuizado um pedido de *Habeas Corpus*, em favor de um chimpanzé na cidade de Salvador. O pedido, até então inédito, colocou em questão a possibilidade de um animal ser tutelado por um instrumento voltado para a proteção de direito fundamental de sujeito de direito. E aí surge a indagação: o animal é um objeto ou um sujeito de direito?¹⁵⁻¹⁶ O tema é novo para o direito brasileiro e suscita questão de grande relevo. Os animais podem ser considerados simplesmente objetos? A resposta afirmativa é de fundamental importância para este trabalho, uma vez que se adquire a posse de objetos e não de pessoas.

¹⁵ O apanhado sobre a matéria pode ser conferido no site <http://www.estadao.com.br/cidades/noticias/2005/set/19/129.htm>.

¹⁶ O *Habeas Corpus* não foi analisado quanto ao mérito em virtude da morte do animal <http://www.protetoresvoluntarios.com.br/>.

O ajuizamento do *Habeas Corpus* sugere que os animais não sejam tratados como objetos, retirando-os do campo dos bens. Aliás, a utilização de um instrumento que visa a resguardar a liberdade do ser humano, implica em inverter a classificação tradicional.

O problema já foi alvo de discussão na legislação estrangeira. É curial recordar que o direito alemão chegou a reformar o §90 do BGB, para criar um regime próprio para a tutela dos animais, hoje não mais enquadrados como “coisa”.¹⁷ Inseriu-se o §90a no BGB que prevê textualmente: “*Tiere sind keine Sachen*”, ou seja, “os animais não são coisas”. Neste sentido, é expresso Larenz, ao comentar o referido dispositivo: “os animais não são coisas (§90a, primeira oração), porque eles como seres vivos semelhantes ao homem, não devem ser arbitrariamente considerados objeto de senhoria. Por isso, no que diz respeito ao tratamento jurídico dos animais, a propriedade (art. 903), como direito absoluto, não se situa em primeiro plano, como direito de senhoria absoluta, mas sim em leis especiais de proteção, como em particular, a diretriz normativa de proteção aos animais-tradução livre”.¹⁸ Como se observa, os animais estão protegidos por legislação específica. Somente será aplicado o regime do §90 do BGB quando não existir disposição expressa para a tutela dos animais.¹⁹ O dispositivo reflete a importância conferida aos seres vivos que compõe a fauna. Os animais contam com uma série de diretrizes protetivas na Comunidade Européia, cuja consolidação máxima está na Convenção Européia sobre a Proteção dos Animais de 1976, cuja última alteração é 1992.²⁰ A proteção conferida aos animais acaba por romper com a classificação usual. Tradicionalmente os animais são inseridos na seara das “coisas”. De qualquer forma, a proteção atualmente conferida aos animais não impede a utilização dos interditos possessórios. Os animais não deixam de ter atributo econômico, bem como não podem ser excluídos do regime contratual, como objeto de transação

¹⁷ Pelo menos a doutrina atual classifica os animais fora dos bens móveis e imóveis, colocando-os à parte, junto com os bens imateriais (Immaterial Güter) e os direitos (Rechte). Vide classificação da professora Petra Pohlmann, da Universidade de Dusseldorf, in <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/pohlmann/Vorlesungen/sachre- ws2000/safolien.pdf>.

¹⁸ “Keine Sache sin auch Tiere (§90a, Satz 1), weil sie als Lebewesen ähnlich wie der Mensch nicht beliebiges Herrschaftsobjekt sein sollen. Fur die rechtliche Behandlung von Tiere sind deshalb in erster Linie nicht das Eigentum als absolutes Herrschaftsrecht (§903), sondern besondere Schutzgesetze wie insbesondere das Tierschutzgesetz maßgebend (s. §90a Satz 2)” (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, §20, p. 387).

¹⁹ Eis a redação integral do dispositivo: “Tiere sind Keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderen bestimmt ist” (Os animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. Em relação aos animais valem as disposições concernentes às coisas, desde que não exista outra disposição específica. – tradução livre).

²⁰ Para um panorama do tratamento jurídico dos animais e sobre a evolução legislativa da questão na Europa, vide Tratado de direito civil português, parte geral, Coisas, t. II, p. 217-25.

jurídica. Pense-se num contrato de compra e venda de bovinos para abate. As diretrizes atuais de proteção são voltadas para impedir agressões, maus-tratos ou sacrifícios despropositados. Trata-se de um assunto ainda polêmico e que precisará ser enfrentado futuramente, para regular situações até então não normatizadas. A observação de Larenz, conforme texto supracitado, revela que o regime do direito de propriedade (§903 BGB), como poder disposição absoluta sobre o bem, não encontra guarida em relação aos animais. Parece óbvio que a propriedade sobre animais domésticos não confere o direito irrestrito de que o dono o abandone ou o sacrifique. O poder de plena disposição não incide. O regime jurídico do direito de propriedade sofre atenuações, sem ser eliminado. Desta forma, é absolutamente viável a utilização das ações petitórias e possessórias, em relação aos animais, porque é inegável que a zona cinzenta da classificação atual não elimina os atributos conferidos ao regime dos bens sobre eles. Em nosso sistema os animais são tratados como bens semoventes. O direito alemão acabou por estabelecer um critério prático para averiguar o cabimento do regime das “coisas” para os animais. A leitura do BGB não deixa dúvida que a aplicação do §90 ocorrerá sempre que não houver disciplina específica para a matéria. No Direito austríaco, os animais também não são considerados “coisas” e recebem proteção, contudo, será aplicado o regime do direito das coisas, quando a legislação extravagante não for aplicável.²¹ O Código Penal Alemão (StGB) considera os animais como coisas, dentro da acepção do §90, para possibilitar a aplicação do tipo (*Tatbestand*) do §303 (*Sachbeschädigung* - delito de dano ²²). A leitura do tipo penal revela um nítido descompasso com §90a do BGB. Estas considerações demonstram a necessidade de uma alteração imediata em nossa legislação civil para inserir nova classificação no CCB atinente aos animais, sem prejuízo do aprimoramento dos mecanismos já existentes.

²¹ “Tiere sind keine Sachen und werden durch eigene Rechte geschützt. Die Regelungen, die auf Sachen zutreffen, sind nur dann auf Tiere anzuwenden, falls sie nicht von den Rechten für die Tiere abweichen (Animais não são coisas e são protegidos por legislação própria. As regras aplicáveis às coisas apenas se incidem sobre os animais, caso não se apliquem disposições contrárias para os animais-tradução livre). Vide, [http://de.wikipedia.org/wiki/Sache_\(Recht\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Sache_(Recht))-

²² In verbis: “§ 303 StGB Sachbeschädigung (1) Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar” (Delito de Dano - (1) Quem dolosa e ilícitamente danifica ou destrói coisa alheia é punido com multa ou prisão por até dois anos. (2) A tentativa é punível-tradução livre). Sobre a legislação aplicável aos animais na Alemanha, <http://www.verschwiegenes-tierleid-online.de/gesetze.htm>).

2.3 A FORMA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Estas considerações iniciais relativas ao sujeito e ao objeto preparam a discussão para o último elemento da relação jurídica: *a forma*. A forma constituía elemento fundamental para o direito romano, no qual se aplicava o princípio *forma dat esse rei*. A forma era da substância do ato. A rigidez quanto à forma se justificava pela ausência de processo escrito, no qual prevalecia a oralidade e a necessidade de obediência aos ritos sacrais.

No direito atual a forma também passa por uma série de transformações. A rigidez de nosso sistema emana essencialmente da dicção do art. 108 do CCB que determina a forma solene para a transmissão dos bens imóveis. Esta concepção é arcaica e oriunda da divisão já mencionada neste trabalho sobre a diferenciação entre *res Mancipi* e *nec Mancipi*.

Por mais que os bens imóveis ainda sejam rotulados como bens de maior importância econômica, uma análise direta permite inferir que esta classificação é incorreta. Os valores mobiliários representados por ações ordinárias de uma sociedade anônima podem apresentar valor superior a todo um empreendimento imobiliário. Por este motivo, o papel da forma como meio de transmissão de direitos precisa ser repensado junto ao sistema, especialmente para a proteção das relações jurídicas na cadeia negocial.

Outro exemplo de mutação no conceito de forma refere-se à valorização da posse como instrumento de estabilização da relação jurídica. As ações de usucapião ordinária são necessariamente instruídas com justo título para a comprovação da boa-fé. A jurisprudência nunca admitiu o compromisso de compra e venda como justo título, pois seria documento inábil para a transferência do domínio. Atualmente, o STJ entende como pacífica a sua utilização para a consolidação da propriedade.²³

No momento atual visualiza-se outra importante contribuição da forma para o sistema jurídico, na qual se revela o seu papel na substanciação dos atos jurídicos materiais e processuais.

²³ “O instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião ordinária”. (STJ – REsp 941.464 – (2007/0078158-8) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 29.06.2012 – p. 1314).

3. O MEIO ELETRÔNICO NO ÂMBITO MATERIAL

Há uma tendência de maior repercussão do meio eletrônico na seara processual justificando inclusive a criação de disciplina específica atrelada ao processo eletrônico. Todavia, a repercussão da forma eletrônica no direito material é importantíssima e não tem recebido o mesmo tratamento. Em vista do estágio atual da doutrina processual não existe mais dúvida quanto à necessária reaproximação do direito processual ao direito material. Se em um primeiro estágio a dissociação foi benéfica para propiciar o fortalecimento e nascimento da ciência processual, o momento atual exige a reaproximação como fator essencial de prestação de tutela jurisdicional adequada ao cidadão.²⁴ No campo do direito material podemos traçar considerações básicas sobre o papel do meio eletrônico na seara contratual e na seara dos direitos reais.

3.1 MEIOS ELETRÔNICOS E CONTRATOS

A contratação eletrônica é essencial como meio de disseminação de acesso aos bens e serviços dentro de uma sociedade de massa. Até pouco tempo, a teoria contratual avaliava unicamente o tipo contratual de massa pela ótica do contrato de adesão. A globalização, especialmente pela expansão da rede digital (*internet*) propiciou a necessidade de visualização do contrato de massa na forma digital.

A possibilidade da contratação digital abre inúmeros pontos de inflexão que serão descortinados paulatinamente pelo labor da atualização legislativa e pela atividade de integração internacional. Na fase atual, a preocupação no regime contratual não se centra apenas pela vulnerabilidade do consumidor na adesão de cláusulas pré-estabelecidas. O problema atual exige a ponderação sobre *a confiança no sistema de contratação imaterial*.

3.1.1 A tecla “Enter” e o “Surfen”

A contratação digital sobreleva o papel da boa-fé nas transações negociais (*Rechtsverkehr*). Nesta forma de contratação é discutível se a *responsabilidade pré-contratual* seria do consumidor em checar as infor-

²⁴ “Processo é instrumento de realização do direito material, nas situações em que tal não se deu espontaneamente. Seu escopo é atuar o direito e pacificar. Não obstante distinto de seu objeto, a ele se liga por intenso nexos de finalidade” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 61).

mações básicas de confiabilidade do sítio em que realiza a sua negociação. A boa-fé objetiva é orientada por padrões de comportamento que determinam em quais situações a proteção deve ser conferida pelo comportamento social esperado de quem se posiciona na relação jurídica. Um exemplo claro desta afirmação reside no papel da Súmula 92 do STJ. A aquisição por terceiro de boa-fé de veículo sem anotação de restrição ou gravame junto ao CRLV, pressupõe que toda a pessoa que adquire um veículo toma a precaução de examinar a existência de alguma restrição no sistema mega data do Detran. A certidão “nada consta” é suficiente para legitimar a aquisição instantânea da propriedade pela posse de boa-fé.

Na contratação puramente eletrônica há uma desmaterialização das partes. A contratação eletrônica revela um autêntico contrato “sem partes”, no qual inexistente um parâmetro de estabilidade racional para a decisão, na maioria das vezes. Esta afirmação é realizada pelo fato de que a navegação digital não é livre. Ao escolher seu provedor de acesso para o ato de navegar, ou como preferem os alemães, para *surf*ar pela rede (*Surfen*), uma série de *links* já estão pré-programados para direcionar o seu acesso, ou para permitir a abertura de “pop-ups” que geram uma hiperligação específica com objetivo de direcionar o cliente para o consumo ou para a propaganda de um bem específico. Este bombardeio de informações, na maioria das vezes, indesejáveis, retarda o acesso da navegação e sujeita o consumidor a uma situação ainda pior do que a venda efetivada na porta da sua residência (*door to door* - art. 49 CDC). Na verdade, a tecla “*enter*” do computador é a porta de ingresso na residência dos milhões de consumidores, o que motiva a sua vulnerabilidade no momento da contratação.

Nos contratos de massa escritos, os modelos pré-estabelecidos provocam uma crise na opção racional do consumidor. Sem dúvida, a impossibilidade de escolha quanto aos elementos nucleares do contrato restringem a sua posição de cooperação na construção do acordo de vontades. Todavia, esta restrição é condição imposta pela impossibilidade física de construção customizada de contratos para o acesso a bens de consumo essenciais. No contrato escrito, celebrado na presença das partes, a vulnerabilidade é menor, pois existe o contato direto entre as partes e o acesso ao produto, ou a uma gama qualificada de suas informações consideradas relevantes para o exercício da opção racional de escolha.

Na contratação digital, a situação é diversa. Aqui temos a constituição e contratos na modalidade B2C (*business to consumers*).²⁵ Os contratos de

²⁵ Por todos, vide o denso e profundo estudo de MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2011. p. 114 et seq.

comércio eletrônico são desmaterializados e acabam por gerar uma crise ainda maior na opção racional de decisão do consumidor. A inexistência de acesso direto ao fornecedor provoca a necessidade de maior rigor nos deveres anexos da relação obrigacional (*Nebenpflichten*), notadamente, no acesso às informações. O consumidor poderá passar dissabores que vão da incompatibilidade do produto para a utilização em seu território, como a descrição inexata das funções, do tamanho, do consumo, da existência de agentes de reposição em seu domicílio, enfim, a contratação eletrônica é simples, mas ao mesmo tempo extremamente perigosa pela real possibilidade de adimplemento ruim da relação obrigacional.

Os contratos eletrônicos podem ser diferenciados em vendas on-line, onde não há necessidade de utilização da internet, como na venda realizada por aparelhos de televisão, por meio de canais abertos ou fechados. O contrato ainda poderá ser de acesso às redes eletrônicas para o acesso a um provedor. O contrato eletrônico poderá ser celebrado dentro do canal contratado com terceiros, no que podemos subdividir a contratação em aquisição de bens ou serviços.

3.1.2 O amadurecimento do Direito Internacional Privado:

Cláusula Mínima

Outro ponto sensível no regime do contrato eletrônico diz respeito à solução dos conflitos e ao direito aplicável ao caso concreto. A navegação, assim como o alcance dos canais de televisão não encontram mais as barreiras físicas, o que permite a celebração de contratos internacionais para a aquisição de bens e serviços. Esta percepção exige uma renovação de nossa legislação aplicável, ainda presa ao art. 9º da LICC: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”. A Diretiva 97/7/ da Comunidade Europeia estabelece no art. 14 a cláusula mínima para a proteção do consumidor dentro do seu território de negociação:

Os Estados-membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor. Essas disposições incluirão eventualmente a proibição, por razões de interesse geral, da comercialização no seu território por

meio de contratos à distância, de determinados bens ou serviços, nomeadamente medicamentos, dentro do respeito pelo disposto no Tratado.

3.1.3 Cientificação e Direito à Informação

A proteção na contratação eletrônica exige um aumento da responsabilidade pré-contratual pela inserção de mecanismos obrigatórios que possam conceder acesso efetivo à informação sobre o produto ou serviço que é oferecido. O direito ao arrependimento deve ser amplamente concedido, o que já é garantido pelo art. 49 do CDC para o sistema de venda induzida. A Diretiva 97/7 da Comunidade Europeia estabelece o acesso às informações prévias para os contratos à distância, no art. 4º: “1. *Em tempo útil e antes da celebração de qualquer contrato à distância, o consumidor deve dispor das seguintes informações...*

Nos contratos eletrônicos a comunicação e confirmação quanto à celebração exigem o repensar sobre as teorias da expedição e recepção, pois a oferta e aceitação é confirmada por *email*, ela exige a efetiva *cientificação*. Essa ciência deve ser presumida pela comprovação do envio e recebimento de mensagem com a abertura da mensagem eletrônica enviada. Além disso, a comprovação do envio servirá de prova documental para eventual litígio entre as partes, uma vez que se trata de documento comum. Obviamente, a comprovação do endereço eletrônico correto é essencial para a validade da comunicação, o que exige também da integridade do sistema e da inexistência de interrupção de comunicação. Por isto a doutrina abalizada demonstram a superioridade da teoria do conhecimento e da exteriorização.²⁶

4. OS MEIOS ELETRÔNICOS E O PROCESSO CIVIL: A DESMATERIALIZAÇÃO DO PROCESSO

O compasso necessário entre o direito material e processual exigiria o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional. A multiplicação dos meios de acesso à justiça e à disseminação do regime contratual à distância corresponde a fator natural para a inserção do processo eletrônico como um

²⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Coimbra: Libreria Almedina, 2000. t. I. p. 345.

reflexo na prestação da tutela jurisdicional adequada. Dentre os princípios ligados ao processo eletrônico podemos ressaltar basicamente três: duração razoável do processo, economia processual e instrumentalidade das formas, dentre outros.

O processo escrito exige a multiplicação natural de procedimentos que são totalmente dispensáveis no processo eletrônico. Uma simples atuação exige todo um procedimento formal com a participação de várias pessoas, o que impossibilita a apresentação do pedido para decisão, em tempo adequado, especialmente, para análise de medidas liminares. O processo eletrônico atende diretamente ao princípio da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88). O reflexo do tempo do processo eletrônico ainda é maior em demandas que não necessitam de instrução e submetem o regime do julgamento antecipado (art. 330 CPC). A economia processual é evidente na medida em que o peticionamento, assim como o despacho e decisão eletrônica permite que os sujeitos processuais tenham menor desgaste na produção dos atos processuais. A desnecessidade de deslocamento do advogado até o fórum e a possibilidade do juiz sentenciar ou decidir de qualquer lugar são vantagens indiscutíveis do processo eletrônico. A utilização da plataforma digital propiciará a eliminação gradual da formalidade desnecessária no processo civil. Não há dúvida de que o processo é naturalmente formal, pois exige a obediência de um procedimento mínimo, com respeito ao contraditório. Por outro lado, alguns avanços da jurisprudência do STJ, como a desnecessidade de duplicação de peças para alegar a exceção de incompetência territorial, são conquistas que serão consolidadas com a simplificação do meio de manifestação solene, pela utilização do processo eletrônico.

4.1 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ NO PROCESSO ELETRÔNICO:

A LEI DE UNIFORMIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO

(JUSTIZKOMMUNIKATIONSGESETZ)

A experiência alemã merece ser mencionada quanto ao processo eletrônico, como meio de orientação para o legislador brasileiro, especialmente pelo período de reformas processuais.

A introdução do processo eletrônico no modelo alemão data do ano de 2001 (lei 13/07/2001) com a alteração do §130 a, no qual se inseriu a possibilidade de utilização do documento eletrônico no processo civil alemão. O problema central naquele período não foi diferente do que se passou no Brasil, ou seja, a *confiabilidade na integridade da transmissão*

e o *reconhecimento da autenticidade e autoria do documento*. O problema da autenticidade exigiu que os operadores do direito fossem obrigados a certificar a sua assinatura para que o documento pudesse ser admitido em juízo e nos tribunais (*Signaturgesetz*).

No entanto, mesmo após a introdução do processo eletrônico, o direito alemão percebeu que existia um problema intrincado a ser resolvido. De nada adiantaria a introdução do processo eletrônico, sem uma reforma de base que permitisse a comunicação entre as diversas esferas de poder. A celeridade, simplificação e agilidade seriam inúteis, na medida em que o processo digital tivesse que ser impresso ou fotocopiado para o seu envio para outras esferas como o executivo e legislativo, quando necessário algum ato de instrução ou comunicação (ofícios, requisições, pedido de informações). Para a solução deste problema de *interface*, foi publicada a lei de comunicação judicial (*Justizkommunikationsgesetz*). Como esclarece Serge Guinchard, esta lei criou uma única plataforma para a comunicação entre o procedimento civil, fiscal, social, mesmo entre as jurisdições do trabalho e penal.²⁷ É justamente este modelo que deveria ser seguido pelo direito brasileiro, pois a introdução do processo eletrônico e a previsão da prática de atos processuais eletrônicos é absolutamente ineficiente quando visualizamos a inexistência de plataformas uniformes de comunicação. Uma simples carta precatória da justiça estadual para a justiça federal não pode ser cumprida pela incompatibilidade de sistemas eletrônicos. Uma requisição de informações ainda necessita ser realizada pelo modo escrito. Este é o principal exemplo que deveríamos tomar do direito estrangeiro para otimizar e dar sentido ao processo eletrônico no direito brasileiro. Afinal, dentre as inúmeras barreiras que ainda impedem a eficácia do processo eletrônico, a ausência de *interface* entre as diversas esferas dentro e fora do poder judiciário representa uma das mais severas.

4.2 AS LEIS 11.280/06 E 11419/06: AUTENTICIDADE, INTEGRIDADE E CONFIABILIDADE NO SISTEMA

A iniciativa de introdução do processo eletrônico no sistema processual brasileiro foi posterior à do direito alemão. Todavia, enquanto naquele sistema as medidas foram tomadas para operacionalizar a comunicação digital, o direito brasileiro, ainda caminha em passos lentos.

A lei 11.280/06, junto ao art. 154, parágrafo único abriu a possibilidade da prática de atos processuais eletrônicos. O principal problema na

²⁷ GUIANCHARD, Serge. **Droit processuel**. Paris: Dalloz, 2009. p. 14-17.

adoção do processo eletrônico é o mesmo enfrentado nos demais sistemas estrangeiros e reside na adoção de chave pública de segurança que garanta a autenticidade e integridade na transmissão dos documentos entre as diversas esferas. A *autenticidade* é um problema básico que visa a garantir que a legitimação processual do ato praticado. Mas apenas a autenticidade não basta. É necessário garantir que o documento enviado não sofra qualquer alteração no seu envio, uma vez que o erro na transmissão poderá provocar sérios danos ao ato processual. A *confiabilidade* exige mecanismos de criptografia para conferir segurança quanto à não adulteração dos arquivos. É mais, o sistema utilizado deve possuir integridade para garantir que os dados sejam transmitidos em momento oportuno e com estabilidade para o cumprimento de prazos processuais preempatórios.

A lei 11.280/06 de nada serviria sem a regulamentação básica do processo eletrônico. A opção do legislador foi correta. Ao invés de inserir a modificação diretamente no CPC, houve a opção pela criação de uma lei especial, a lei 11.419/06. Por meio desta, criaram-se os parâmetros básicos para a adoção do processo eletrônico nas diversas esferas do poder judiciário, com a adoção de procedimentos uniformes como o cadastramento dos usuários e a obrigatoriedade da criação de assinatura eletrônica (art. 2º).

Um dos grandes benefícios da lei, justamente pela desnecessidade de acesso físico junto aos fóruns e tribunais foi permitir a prática dos atos processuais até às 24 horas para o cumprimento de prazos processuais. Tal fato possibilita maior acesso e rendimento ao jurisdicionado (art. 3º, parágrafo único). A lei 11.419/06 representa um primeiro passo que visa a estabelecer as modificações de base. Por meio dela se institui o Diário eletrônico como meio de disciplinar o regime ordinário de publicação e intimação das partes quanto às decisões judiciais (art. 4º). A adoção e cadastro junto ao Tribunal dispensa o advogado de ser intimado pelo DJe, uma vez que a sua intimação será realizada diretamente pelo email cadastrado. Aqui voltamos à teoria do conhecimento, pois com a apenas com a abertura da mensagem, e não com o seu envio, o prazo poderá começar a fluir (art. 5º, §1º). No entanto, a adoção desta solução poderia trazer embaraços pela não abertura ou consulta da mensagem eletrônica. Tal fato trouxe solução engenhosa e operacional pelo art. 5§3º, no qual se considera válido o ato de cientificação após o prazo de 10 dias.

A lei 11.419/06 ainda quebra uma barreira importante quanto à instrumentalização dos atos processuais. Como exemplo, tomemos o art. 222 do CPC. Os atos de citação e intimação da fazenda são realizados pessoalmente pela prerrogativa conferida pela lei. Com o processo eletrônico,

a intimação ou citação eletrônica é considerada pessoal (art. 5º, §6º e 9º). As cartas precatórias ou rogatórias que sempre são alvo de extravio quanto ao cumprimento contam agora com o cumprimento ágil e seguro, pois os documentos digitalizados permitem o cumprimento em prazo adequado.

Entretantes, o grande desafio é justamente a unificação destes procedimentos determinados pela lei 11.419/06. A ausência de uma lei de comunicação uniforme entre as diversas esferas faz com que os benefícios do processo eletrônico ainda sejam parciais. Basta que o processo necessite de cumprimento de um ato em outra esfera ou entre o Estado e a forma física terá que ser novamente utilizada. E mais, com duplicação de procedimentos (físico e digital), o que acarreta em maior trabalho para a escritania.

4.2.1 Resoluções 47/07 e 121/2010 do CNJ

Esta atitude de unificação caberá certamente ao CNJ que até o presente momento já iniciou procedimentos para adoção de regras uniformes, ao menos para a consulta pública de processos por meio das Resoluções 46/07 e 121/2010. A primeira teve como objetivo introduzir a classificação unificada das ações judiciais, como meio de padronizar o acesso e consulta. A segunda instituiu a obrigatoriedade de cadastro dos processos com numeração única para possibilitar o acesso aos jurisdicionados. É uma vitória da publicidade e acesso às informações antes confiadas exclusivamente, aos patronos. Atualmente o cliente poderá ter acesso à movimentação do seu processo em tempo real, o que demonstra a transparência e publicidade que se espera em um estado democrático de direito.

4.3 BARREIRAS AO PROCESSO ELETRÔNICO

A lei 11.419/06 representou um primeiro passo, mas a implementação efetiva do processo eletrônico depende do aperfeiçoamento do sistema e da quebra das barreiras tecnológicas, culturais e econômicas. Sob o ponto de vista tecnológico, observa-se que a interligação eletrônica das diversas unidades judiciárias no território nacional representa um desafio, em vista das dimensões continentais do território brasileiro. No âmbito da justiça estadual, diversas comarcas interioranas situam-se em local de difícil acesso físico e com falta de infraestrutura para a manutenção de acesso à rede digital. O acesso não deve ser visualizado apenas em relação à unidade judiciária, mas em relação aos demais sujeitos do processo. Neste sentido é correto o art. 198 do projeto do novo CPC que determina:

“Todas as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente à disposição dos interessados, os equipamentos necessários à consulta, ao acesso ao sistema e aos documentos deles constantes e à prática de atos processuais”. As conexões ainda são lentas e a maioria dos sistemas utilizados para o tráfego de dados digitais ainda possui limitação quanto ao tamanho dos arquivos digitais anexados. A limitação tecnológica na plataforma digital ainda apresenta pontos sensível na combinação do sistema de vídeo e áudio, o que exige a tramitação física de discos de armazenamento de imagem e som gravados em audiências. E mais, a qualidade dos aparelhos utilizados nas gravações, por vezes, obriga a repetição do ato, ou a sua degravação, o que pode tornar a marcha processual tortuosa, ou com prova produzida de modo deficiente para a decisão do processo. Sob a ótica cultural existe uma necessidade de formação e adaptação de grande parte dos atores processuais. Isto inclui a necessidade de programas de inclusão digital para capacitar os servidores do poder judiciário, como um todo. Trata-se de uma necessidade que alcança todos os auxiliares e serventuários da justiça, bem como juízes em todos os graus de jurisdição. Os postulantes também passam por inúmeras dificuldades de inclusão. Apesar da inexistência de estatística específica sobre o fato, a análise fática é simples. Os processos virtuais exigem que o procurador esteja habilitado para a nomeação da curadoria de incapazes ou de réus revéis. Sob o ponto de vista econômico as dificuldades não são menores. O poder judiciário embora possa possua orçamento suficiente para a implantação regular do sistema de informatização encontra dificuldades inerentes ao processo de licitação. A morosidade da licitação não é compatível com a velocidade de transformação da realidade digital. A inclusão digital, especialmente em relação aos postulantes exige suporte econômico para a aquisição de computadores e equipamentos especiais para a digitalização de documentos. O funcionamento adequado e seguro do sistema exige este investimento, o qual, em grande número de casos não está ao alcance dos profissionais que iniciam a carreira, ou mesmo, perante aqueles que já a exercem a mais tempo. A criação de linhas especiais de crédito para este suporte é essencial, como meio de viabilizar o exercício da atividade profissional no meio eletrônico. O processo de informatização não é tão simples como parece, pois exige que todas as partes estejam munidas dos meios necessários para o bom funcionamento do sistema.

Ainda sob a ótica econômica e estrutural deve ser salientada a necessidade de investimento maciço na melhoria das condições de trabalho dos juízes e de sua assessoria. O processo digital dinamiza o trâmite processual, o que provoca maior sobrecarga ao reduzido número de juízes. O

juiz do século XXI não é mais um mero julgador. A tarefa de gestor administrativo, do foro judicial e extrajudicial, faz com que sua atribuição seja ainda mais difícil. Há uma tendência de incentivo à mediação e conciliação, inclusive como vetores do projeto do novo CPC. Como o magistrado sobrecarregado terá condições de conduzir uma tentativa de conciliação sabendo que existem outras inúmeras audiências para serem cumpridas no mesmo dia? O acesso digital facilita a propositura de demandas de massa que até então eram inexistentes. Uma decisão do STJ tomada em recurso repetitivo é suficiente para uma avalanche de ações de revisionais ou de repetição de indébito. A nova realidade exige um repensar sobre a estrutura de funcionamento das unidades judiciárias em primeiro e segundo grau, sob pena de risco quanto à qualidade do serviço prestado. A qualidade não pode ser colocada em risco para cumprimento de metas, pois retira-se a prerrogativa essencial do jurisdicionado quanto ao direito de receber a tutela jurisdicional adequada como resposta ao seu pedido de auxílio.

4.4 O SISTEMA PROJUDI E A EXPERIÊNCIA PARANAENSE

Dentre as diversas plataformas existentes para veicular a prática dos atos processuais eletrônicos destaca-se o pioneirismo do Estado do Paraná, por meio de iniciativa louvável de nosso Tribunal de Justiça em tomar as medidas pioneiras para a introdução do processo eletrônico. O sistema Projudi do Estado do Paraná foi considerado o melhor sistema dentre aqueles adotados pelos 26 Tribunais de nosso país, após conclusão de estudo técnico divulgado no 61º Encoge em 2012.²⁸

Inicialmente voltada para os Juizados Especiais, a plataforma do Projudi hoje é utilizada para todo o Poder Judiciário e sua adoção por outros Estados demonstra a funcionalidade e operabilidade do sistema. As resoluções 06/07 e 03/09 do Tribunal de Justiça foram as pioneiras no tratamento do processo eletrônico. A resolução 03/09 teve como objetivo materializar a implantação do processo eletrônico nos termos da lei 11.419/06 criando os parâmetros normativos básicos. Atualmente, o Código de Normas conta com a modificação operada pelo provimento 223/2012, o qual regulamenta com maturidade os pontos essenciais do processo eletrônico, já vivenciados pelas partes no dia a dia. Dentre eles, deve ser mencionada a solução quanto à apresentação de documento pela autoridade coatora em mandado de segurança. Como exigir o cadastramento ou a certificação

²⁸ http://www.tjpr.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/1849263.

da autoridade coatora que apresenta documento em juízo? O provimento, com total acerto, determina que ele seja digitalizado pela escrivania (item 2.21.3.3.1, VII).

O provimento 223 disciplina questões práticas importantes como a possibilidade de destruição e inutilização de documentos juntados que não são essenciais às partes, a possibilidade de digitalização dos processos físicos, bem como à inclusão digital obrigatória, após o encerramento de fases específicas (cumprimento de sentença, conversão da ação monitória). Também não passou despercebido o restabelecimento de prazo por suspensão do sistema, por período superior a 2 (duas) horas. Outro ponto digno de menção refere-se à padronização de juntada de documentos. Há uma tendência das partes juntarem documentos como em processos físicos, apenas realizando a numeração sequencial (doc.01, doc. 02...). Tal fato inviabiliza a análise documental precisa, especialmente quando é necessário retornar ao documento. Por isso, a juntada do arquivo deve conter o documento que esta sendo anexado. Trata-se de uma nova hipótese de emenda à petição inicial eletrônica. Não resta dúvida que a experiência do Estado do Paraná deverá contribuir muito para o aprimoramento do processo eletrônico, uma vez que as questões específicas não serão incluídas no novo Código de Processo Civil.

4.5 O PROJETO DO CPC E OS ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS

Há uma crítica em torno dos resultados do projeto do CPC quanto ao processo eletrônico, em vista de sua tímida regulação, nos arts. 193 a 199 do Projeto. Todavia, a crítica não é correta. Existem outros dispositivos que tratam do processo eletrônico, como nos meios probatórios, ou no tratamento dos prazos, ou ainda nos atos de intimação e citação, como previsto no art. 246, V. A posição adotada pelo legislador brasileiro foi a de regulamentar o processo eletrônico por meio especial. Em vista das dificuldades e da especialidade, as eventuais modificações e transformações inerentes à matéria autorizam o seu tratamento em diploma especial. O código de processo civil deve trazer a sua previsão e disciplinar a prática dos atos processuais, mas a acomodação da matéria ainda não esta sedimentada. Por este motivo seria inviável submeter o CPC a constantes alterações até a sua maturação. Muitas das críticas são dirigidas por profissionais que sequer realizaram a leitura integral do projeto, o que desautoriza a crítica não fundamentada. Na medida em que a prática e utilização do meio eletrônico estejam previstos nos capítulos e seções pertinentes, tal fato au-

xiliará na compreensão de utilização da forma digital. A condensação de todas previsões em único capítulo, ou seção, não seria salutar, pois cria um microsistema dentro do CPC.

5. CONCLUSÃO

Estas breves considerações tem como objetivo demonstrar como a crise na relação jurídica exige um repensar sobre os elementos essenciais na relação jurídica: *sujeito, objeto e especialmente quanto à forma*. O estágio atual do sistema jurídico revela uma transformação simultânea quanto a identificação dos seus caracteres essenciais. No campo da forma, observa-se a simplificação e a valorização da boa-fé como meio de superar a solenidade como dado essencial do sistema (*forma dat esse rei*). Além disso, os meios eletrônicos contribuirão para a desmaterialização do contrato e do processo propiciando o acesso da população aos bens e serviços, o que exige a transformação do poder judiciário para acolher as demandas que são próprias de uma sociedade de consumo. As barreiras à implementação do processo eletrônico são reais, mas não intransponíveis e exigirão uma conjunção de esforços políticos e pessoais, pois grande parte desta mudança depende da modificação da concepção dos sujeitos processuais.

REFERÊNCIAS

ARANGIO-RUIZ, V.; GUARINO, Antonio. **Breviarium iuris romani**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1943.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRINI, Giuseppe. **Possesso delle cose e possesso dei diritti (nel diritto romano)**. Roma: Giorgio Bretschneider, 1978, v. 8.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CORRAL, Ildefonso L. García del. **Cuerpo del derecho civil romano (Digesto-1ª parte)**. Barcelona: Jaime Molinas, 1892, t. II.

_____. **Cuerpo del derecho civil romano (Digesto - 1ª parte)**. Barcelona: Jaime Molinas, 1897, t. III.

COSTA, Judith Martins & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.

DE LUCCA, Newton. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XII.

DEMOLOMBE, Charles. **Traité de la distinction des biens**. 4. ed. Paris: Auguste Durand & Hachette, 1870, v. I, t. I.

DINAMARCO, Candido Rangel; et al. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil (Parte General)**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1971, v. 1, t. 1.

FINZI, Enrico. **Il Possesso dei Diritti**, Roma: Athenaeum, 1915.

FUNAIOLI, Carlo Alberto. **La Tradizione**. Padova: Cedam, 1942.

GIERKE, Julius von. **Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts**, 4. ed. Berlin und Frankfurt: Verlag Franz Vahlen GmbH., 1959.

GUINCHARD, Serge. **Droit et Pratique de la Procédure Civile**. Paris: Dalloz, 2009.

_____; et al. **Droit Processuel**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2009.

JOOST, Detlev. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, v. VI, **Sachenrecht**, §§ 854-872, 3. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

KASER, Max. **Direito privado romano (trad. Original Römisches Privatrecht)**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KUTTNER, Georg. **Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses**. (reimpressão da ed. de 1914). München: Scientia Verlag Aalen, 1971.

MARQUES. Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro: das coisas do direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

MENEZES CORDEIRO, António. **A Posse: perspectivas dogmáticas e actuais**. 3. ed. atual. Lisboa: Almedina, 2000.

- _____. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Tratado de Direito Civil Português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, v. I, t. II.
- _____. **Da modernização do direito civil**. Coimbra: Almedina, 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts**. München: Verlag C. H. Beck, 1997.
- RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.
- ROSENBERG, Leo; SCHAWB, Karl Heinz. **Zivilprozessrecht**. 14. ed. München: C. H. Beck'schle Verlagsbuchhandlung, 1986.
- ROSSEL, Virgil & MENTHA, F.H. **Manuel du droit civil suisse**. 2. ed. Genève: Librairie Payot & Cie., 1931, t. III.
- SAVIGNY, Friederich von Carl. **Das recht des besitzes**. Reimpressão da edição de Viena (1865): Scientia Verlagen Aalen, 1990.
- _____. **Histoire du droit romain au moyen-age**. Paris: Chez Charles Hingr'ay, 1839, t. 1.
- _____. **Traité de la possession en droit romain**. Tradução do alemão por Henri Staedtler. 7. ed. Paris: Auguste Durand Éditeur, 1866.
- SCHWAB, Karl Heinz; PRÜTTING, Hanns. **Sachenrecht**. 29. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2000.
- VAMPRÉ, Spencer. **Institutas do imperador justiniano**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1915.
- WESTERMMAN, Harry. **Lehrbuch des sachenrechts**. 2. ed. Kalsruhe: Verlag C. F. Müller, 1951.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespânia. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- WOLF, Manfred. **Sachenrecht**. 12. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
- ZIPPELIUS, Reinhold. WÜRTEMBERG. **Deutsches staatsrecht**. 32. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2008.

Gestão
Administrativa
no Poder
Judiciário,
direito à
informação
e controle de
resultados:
a questão da
participação
popular e da
promoção da
cidadania

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Civil na Graduação em Direito e de Fundamentos do Direito no Mestrado no Unicuritiba e de Direito Civil na Escola da Magistratura, Juiz de Direito de 2.º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná.

NICOLLE DA SILVA RAMOS GUEDES

Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, servidora no Tribunal de Justiça do Paraná

1. INTRODUÇÃO

O trabalho faz a análise da correlação entre a gestão administrativa no Poder Judiciário no Brasil, o direito à informação e o controle de resultados, na perspectiva de participação popular e de promoção da cidadania. O objetivo da análise é estabelecer o alcance da participação popular e da promoção da cidadania nas práticas de gestão administrativa do Poder Judiciário. A análise sustenta a premissa de transparência como ferramenta necessária, mas não suficiente, para permitir ao cidadão articular a crítica das práticas administrativas. Questiona-se também o exercício do direito à informação, em termos de metodologia administrativa do Poder Judiciário, mediado pela produção de sentidos dos meios de comunicação de massa, que pode limitar a atuação da cidadania e a busca de alternativas para a solução dos problemas de gestão.

A primeira parte do trabalho, de cunho mais genérico, trata dos fundamentos da gestão pública no Poder Judiciário e da participação popular. A discussão gira em torno do papel da participação popular na definição dos fundamentos e das finalidades da gestão administrativa judiciária.

Na segunda parte, destaca-se a relação entre direito à informação e gestão administrativa do Poder Judiciário. Analisa-se o papel do exercício do direito à informação e sua relação com os rumos da gestão administrativa no Poder Judiciário, tendo-se em conta o papel dos meios de comunicação de massa na atual configuração socioeconômica.

Na última parte, de modo mais específico, discute-se a necessidade da participação popular na gestão administrativa do Poder Judiciário no Brasil, de modo a viabilizar mudanças significativas de práticas administrativas e de resgatar o caráter político que envolve as ações de realização da justiça.

O método de análise é dialético e crítico; pressupõe um exame da totalidade e da materialidade da vida em o que, obviamente, inclui os desafios da administração da justiça na sociedade brasileira marcada pela desigualdade e pela violência.

2. FUNDAMENTOS DA GESTÃO PÚBLICA NO PODER JUDICIÁRIO E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Nas últimas duas décadas do século XX ganhou destaque a questão da eficiência na administração pública, sobreposta à simples observância de processos e procedimentos burocráticos. A preocupação com a eficiência na administração pública, entre outros elementos, incorporou premissas defendidas pelo neoliberalismo de facilitação do empreendedorismo e da dinâmica de fluxos de capitais financeiros globalizados.

A busca pela eficiência na administração pública deu ensejo a uma preocupação com os resultados na atividade estatal. A relação entre eficiência e resultados incorpora fundamentos da administração empresarial aplicados à administração pública. Contudo, é necessário verificar até que ponto é possível aproximar fundamentos e práticas da administração corporativa e empresarial e da administração pública.

O debate sobre os fundamentos da administração pública contraposta à administração empresarial e corporativa costuma partir da premissa de que, na administração pública prepondera a burocratização excessiva, enquanto que na administração empresarial prevalece a agilidade e processos expeditos e eficazes, tendentes à otimização de resultados. O problema, todavia, não pode ser pensado de forma simplificada. Segundo Max Weber, a sociedade moderna tem como uma de suas características principais o processo de burocratização. Contudo, a burocracia não se resume a elemento de definição do modelo de administração organizacional; antes, é a própria vida social que se configura por meio de processos de burocratização. Nesse sentido, o conceito de racionalização no pensamento de Max Weber, acaba sendo central para a compreensão do processo de burocratização da vida social. Na perspectiva weberiana, o caráter racional da vida social permite definir processos e sentidos de ação social. Sobre a ideia de racionalização em Max Weber, que caracterizaria o processo de atribuir significado à diferenciação de linhas de ação, Gabriel Cohn afirma o seguinte:

A racionalização (ou seja o processo que enseja a prevalência crescente da condução racional da ação) apresenta-se, portanto, em dois níveis. O primeiro é de caráter histórico-estrutural, e diz respeito à diferenciação entre linhas de ação, que caracteriza a modernidade. Esse primeiro nível oferece a condição para o segundo, que remete ao interior de cada linha de ação, no plano da constituição da sua lógica intrínseca, da

legalidade própria a cada qual. No primeiro nível o problema diz respeito às relações entre significados de ações sociais que ocorrem em linhas distintas. No segundo, concerne à modalidade de encadeamento dos significados no interior da mesma linha de ação.¹

Na medida em que a burocratização da vida social decorre de processos de racionalização, a ação burocrática não diz respeito apenas à organização da atividade estatal; os processos de burocratização atingem também a organização e as atividades empresariais.

Embora tenha experimentado diferentes modelos administrativos, a organização da atividade empresarial nunca deixou de observar um determinado grau de burocracia na busca por eficiência e resultados. Passou-se do modelo fordista ao modelo do toyotismo (ou ao pós-fordismo); esta passagem entre um modelo e outro de administração da produção de mercadorias não significou, necessariamente, redução da burocracia, dado que intensificado o processo de diferenciação, e conseqüentemente de complexidade, no interior do modo de produção capitalista, no rumo da financeirização e da precarização do trabalho.

A burocracia nas organizações empresariais não pode ser equiparada à organização burocrática da administração pública. Embora a busca de resultados e de eficiência possa ser comum a ambas, diferenciam-se as finalidades; a empresa se organiza para a obtenção de lucros e o Estado para a consolidação de processos políticos de construção da socialidade. Pode não ser o caso então de operar a simples transplantação de procedimentos de administração empresarial para a administração pública. É necessário reconhecer também que, no modo de produção capitalista se configura um determinado grau de complementaridade entre a atividade estatal e a atividade empresarial, de tal modo que a aproximação entre administração pública e administração empresarial não ocorre no nível de processos de gerenciamento e de gestão, mas no nível do objetivo precípua de assegurar a viabilidade dos mercados e da acumulação de capital.

Com a consolidação da economia neoliberal, alterou-se a forma de organização da atividade empresarial. Sob a premissa da desregulamentação, que não se trata de menos regras formais, mas apenas da preponderância de regras técnicas sobre regras jurídicas, passou-se a apostar na precariedade das relações de trabalho e na supressão de direitos e garantias; do ponto de vista administrativo, os métodos de flexibilização (*just-in-time* e

¹ COHN, Gabriel. **Crítica e resignação**: Max Weber e a teoria social. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 234.

reengineering), aliados ao uso de tecnologias informático-comunicativas, permitiram às empresas reduzir custos e manter taxas de lucros em mercados competitivos globalizados.

Nesse novo contexto, conforme ressalta Christian Marazzi, a administração pública continuou atrelada a um paradigma de contabilidade de tipo fordista, em que os gastos com investimentos desempenham papel superior ao de despesas correntes; ou seja, é mais vantajoso investir em obras e máquinas, do que na educação das gerações futuras, em que pese o apelo em torno da importância do capital intelectual para o desenvolvimento econômico e social.² O papel da administração pública seria o de reduzir despesas, mediante a assimilação de técnicas e da cultura de administração empresarial, de modo a propiciar recursos para investimentos, em benefício de ganhos pelas empresas.

A cultura da eficiência e de resultados penetrou os fundamentos da administração pública a pretexto de consolidação da democracia e de transparência na gestão pública. Na medida em que a mensuração de desempenho e de resultados se tornou determinante na administração pública, junto com essa variável aumentou a complexidade em torno do modo como devem ser avaliados ou medidos o desempenho e os resultados. Como assinala Carolyn J. Heinrich, a gestão por qualidade total (TQM – *Total Quality Management*) com foco em resultados, acelerou o avanço da mensuração do desempenho da administração pública na direção de sistemas de avaliação baseados em resultados.³

A mensuração da eficiência e de resultados na administração pública está pautada por critérios reconhecidos válidos para as organizações empresariais, ou seja, redução de despesas e precarização do trabalho, sem alteração da correlação de interesses sociais e econômicos em torno dos benefícios e beneficiários dos serviços públicos. Colocado em termos do que afirma Antonio Manoel de Hespanha, a preponderância da eficiência, na perspectiva da administração pública, significou o abandono da proteção de direitos e garantias, vistos como entraves ao empreendedorismo e à lógica da destruição criativa dos mercados globalizados.⁴

² MARAZZI, Christian, **O lugar das meias: a virada linguística da economia e seus efeitos sobre a política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 142-143.

³ HENRICH, Carolyn J. Como avaliar o desempenho e a efetividade do setor público. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. **Administração pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010. p. 59.

⁴ HESPANHA, Antonio Manoel de. **Direito e crise**. Palestra proferida na Universidade Federal do Paraná, em 15 de abril de 2013.

Tomado o caso específico da administração judiciária, na realidade brasileira, a questão da eficiência e de resultados está atrelada à redução e otimização do tempo do processo; o objetivo é o dar respostas objetivas ao problema da morosidade e da eficácia do princípio constitucional da razoável duração do processo; a introdução de tecnologia digital, a gestão de processos e de procedimentos administrativos e a formação de juízes, todos esses fatores convergem para o objetivo de assegurar prestação jurisdicional mais célere. Em torno desses objetivos, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ introduziu na administração judiciária brasileira uma concepção de técnica de gestão influenciada pelo Consenso de Washington, com a proposta de conferir regularidade e previsibilidade para a atuação judicial, em tempo razoável, adequada à dinâmica dos mercados globalizados. Conforme tem sido observado, o Conselho Nacional de Justiça, entre outros instrumentos, assimilou a ideia de gestão por metas como forma de mensurar eficiência e resultados. De certo modo, estabeleceu-se um consenso, apoiado pela mídia e pelos chamados formadores de opinião, que a gestão por metas na administração judiciária se mostra confiável o suficiente para permitir avaliação de eficiência e de resultados. Contudo, como adverte Carolyn J. Henrich, a escolha de metas pelos órgãos públicos tem implicações importantes para a complexa tarefa de determinar medidas quantitativas para o desempenho.⁵ De fato, é necessário considerar que um compromisso estreito com os resultados mensurados por metas, no caso da administração judiciária, no limite, pode contribuir para desresponsabilizar o juiz pelo verdadeiro resultado da prestação jurisdicional que é solucionar o conflito, promover a justiça com vistas a novo patamar de evolução social, ao invés de apenas **regular condutas e comportamentos**.

Considerado o compromisso da gestão com a eficiência e com resultados, importa identificar formas e sentidos da participação popular que a administração judiciária comporta.

Tendo-se em perspectiva os interesses em jogo no contexto das assimetrias existentes na sociedade brasileira, a participação popular na administração judiciária somente pode ser colocada em termos de ampliação dos escopos de gestão para além do compromisso de suporte às práticas de mercado. A participação popular na gestão do Poder Judiciário, portanto, implica um compromisso com a cidadania em todas as suas dimensões, e de resgate dos fundamentos políticos da atividade jurisdicional, entendida a política no sentido de promoção da pessoa e da justiça.

⁵ HENRICH, op. cit., p. 53-75.

Desse modo, a eficiência e os resultados da administração judiciária não se resumem a um compromisso de caráter formal com redução dos tempos do processo; a eficiência e os resultados devem ser mensurados levando-se em consideração o potencial de incremento de justiça nas relações da vida em sociedade e de evolução social propiciado pela práxis da atividade jurisdicional.

De acordo com Dalmo Dallari, a participação popular constitui princípio inerente à democracia que garante aos indivíduos, grupos e associações, o direito não apenas à representação política, mas também à informação e à defesa de seus interesses.⁶

A participação popular na administração judiciária, no sentido aqui colocado, implica aprofundar práticas democráticas, tendo-se em conta que o mero controle dos tempos do processo, assim como a racionalização de procedimentos administrativos e gerenciais, pode não ser suficiente para redefinir os escopos da prestação jurisdicional a ponto de atualizá-la para o efeito de combate as desigualdades e às formas de injustiça arraigadas na sociedade brasileira.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO E GESTÃO ADMINISTRATIVA NO PODER JUDICIÁRIO

A participação popular na gestão pública pressupõe o exercício do direito à informação. Logo, o alcance do acesso à informação acaba sendo determinante para o efeito de possibilitar a articulação da cidadania em relação aos resultados da ação administrativa do Estado.

O uso de tecnologia informático-comunicativa no Brasil ampliou a capacidade de divulgação de informações dos atos de gestão da administração pública. Do ponto de vista do sistema jurídico, a promessa da Constituição de 1988, de construção de uma sociedade democrática, deu ensejo à preocupação com a transparência e a divulgação de informações dos atos da administração pública. Nesse contexto, a edição da Lei n.º 12527 de 18 de novembro de 2011, que entrou em vigor em 2012, está alinhada com o objetivo de dar publicidade aos atos do Estado.

⁶ DALLARI, Pedro B. de Abreu. Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros. **Instituto Brasileiro de Administração Pública**, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

É necessário ter em conta, todavia, que a questão do acesso à informação, nas sociedades de massa, tem relação direta com a promoção da cidadania. Nesse sentido, a disponibilização de dados acerca dos atos da administração pública, embora necessário, pode não ser suficiente para responder às demandas sociais por transparência na ação estatal, quando o cidadão, sujeito à ação dos meios de comunicação de massa, tem reduzida a autonomia para articular uma proposta alternativa de gestão pública, que constitui o sentido democrático da ideia de participação popular.

A Constituição Brasileira de 1988 incluiu a liberdade de expressão entre os direitos e garantias fundamentais ao afirmar no inc. IX do art. 5.º que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; no inc. XIV, do mesmo art. 5.º, está assegurado a todos o direito à informação, resguardado o sigilo da fonte, necessário ao exercício profissional; no art. 220, quando trata da comunicação social, a Constituição afirma que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição.

Observada a estrutura da Constituição da República, verifica-se que o direito à informação é mais amplo do que exercício da liberdade de expressão, uma vez considerado que, sem informação, resulta restringida a possibilidade de manifestação do pensamento e de ideias.

O direito à informação, segundo José Afonso da Silva, tem um sentido coletivo, embora esteja pressuposto o atendimento dos interesses da pessoa.⁷ O sistema constitucional, portanto, operou espécie de complementação funcional entre o direito à liberdade de expressão, de índole pessoal, e o direito à informação, que tem caráter social. A estrutura constitucional inseriu o direito à informação na esfera dos direitos humanos, embora, na realidade da economia de mercado, a informação tenha assumido o sentido de bem de consumo.

Na realidade social brasileira, o sentido do fluxo de informações produzidas pela administração pública acaba sendo articulado pelos meios de comunicação de massa. Impõe-se, desse modo, confrontar o modo de articulação de sentido de informações pelos meios de comunicação de massa com o potencial de construção de uma visão crítica, por parte do cidadão, em torno do exercício de transparência exercitado pela administração pública, no objetivo de aprofundamento da democracia.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 252.

Conforme o assinalado por Niklas Luhmann, os meios de comunicação de massa, em razão do processo de diferenciação funcional, operam mediante uma espécie de sistema autopoiético, no sentido de construir a realidade que lhe é própria e também a própria realidade social.⁸ Na construção de realidades, o sistema dos meios de comunicação de massa faz a tradução dos fatos e nem sempre persegue o princípio de objetividade. Mais do que reproduzir a realidade, ocorre uma criação da realidade que, de acordo com Teresa Cristina da Costa Neves, ao invés do exame crítico, reforça a ideologia hegemônica.⁹ No mesmo sentido, ao referir-se à televisão, Maria Rita Kehl afirma que o poder de difusão de imagens consolida uma ficção totalitária que articula jornalismo, entretenimento e publicidade.¹⁰

A mediação exercida pelos meios de comunicação de massa, em torno do sentido das informações produzidas pela administração pública, de forma paradoxal, pode inviabilizar a possibilidade de articulação de uma crítica da totalidade do sentido dos atos do Estado. O que acaba ocorrendo, sob a aparente crítica, é um reforço dos fundamentos de práticas administrativas muitas vezes nocivas à construção da socialidade, embora compatíveis com os objetivos dos poderes políticos e econômicos hegemônicos.

Por outro lado, a Internet tem sido reconhecida ferramenta fundamental para a efetividade do direito à informação. O fluxo de informações possibilitado pela Internet ampliou o acesso aos dados produzidos pela administração pública mediante portais de transparência de órgãos públicos, inclusive do Poder Judiciário. Embora a Internet possa conduzir a formas de isolamento, ela também viabiliza novos modos de atuação social e política; Igor Sádaba e Ángel Gordo sustentam que, diante do determinismo tecnológico ou do misticismo cibernético, é necessário reivindicar o caráter político da tecnologia para visualizar a relação cada vez mais estreita entre movimentos sociais e dispositivos tecnológicos digitais.¹¹ É inegável o potencial de articulação em rede possibilitado pela Internet, que facilita a atuação social e política. De todo modo, o sentido do fluxo de informações, gerado pela Internet, não dispensa uma articulação crítica que não está livre de reproduzir a forma de atuação do sistema de comunicação de massa.

Na sociedade de massas, portanto, não desapareceu o risco dos totalitarismos; o aparente acesso às informações não elimina a passividade

⁸ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulos, 2005.

⁹ NEVES, Teresa Cristina da Costa. **Caligrama – Revista de Estudos e Pesquisas em Linguagem e Mídia**. ECA/ USP, v. 1, n. 3, set/dez, 2005.

¹⁰ KEHL Maria Rita. **Videologias**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 156.

¹¹ SÁBADA, Igor; GORDO, Ángel. **Cultura digital y movimientos sociales**. Madrid: Catarata, 2008. p. 9-22.

diante dos atos dos governantes, nos termos do formulado por John Stuart Mill¹², que pode, inclusive, assumir a forma de reforço de uma concepção de vida pública nociva à construção da cidadania.

A efetividade do direito à informação, em relação à gestão administrativa do Poder Judiciário, somente adquire sentido na medida em que possibilitar a construção de um sentido crítico acerca das práticas adotadas pela administração judiciária e dos benefícios surgidos para a construção da socialidade, tendo-se em conta o caráter finalístico da atividade jurisdicional de promoção da justiça.

O questionamento crítico deve iniciar-se, inclusive, pela própria metodologia administrativa aplicada. Não é o caso de reduzir-se a crítica à resistência a mudanças. Trata-se antes de compreender que a estrutura organizacional do Poder Judiciário, como ocorre em qualquer organização, reage de forma paradoxal à ação administrativa, em alguns momentos assimilando mudanças, em outros, preservando práticas já consolidadas, estas últimas nem sempre incompatíveis com as novas exigências sociais, políticas e culturais. Como sustenta Thomaz Wood Jr. o desafio para a administração, mesmo para a administração judiciária, está no equilíbrio entre mudança e estabilidade, **com respeito aos limites das pessoas e dos processos**.¹³

De acordo com Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, as crises econômicas surgidas a partir da década de 1970 exigiram dos organismos internacionais (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio) a articulação de políticas públicas de austeridade econômica e equilíbrio fiscal como forma de controle da inflação.¹⁴ É dentro desse contexto que a Emenda Constitucional n.º 45, confronta a administração judiciária no Brasil com novos paradigmas de caráter economicista, nem sempre afinados com a promoção da cidadania.

A difusão de informações, nesse contexto, com o propósito de prestação de contas, não resulta, de per si, em melhoria da prestação jurisdicional. Conforme assinalam Ricardo Ceneviva e Marta Ferreira Santos Farah, a prática de *accountability* não é suficiente para responsabilizar o agente público pelas ações desenvolvidas; é necessário, dizem eles, que os inte-

¹² MILL, John Stuart. Consideration on representative government. **Collected papers of John Stuart Mill.**, University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, v. XIX, London, 1977, p. 406. (Tradução brasileira Editora Universidade Brasília, 1982).

¹³ WOOD JR, Thomaz. O equilíbrio bêbado. **Carta Capital**, São Paulo, n. 752, 2013. p. 61.

¹⁴ SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo, **Gestão Pública no Poder Judiciário**. Disponível em: http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Claudio_Eduardo_Regis_de_Figueiredo_e_Silva.pdf. Acesso em 08.06.2013.

ressados desenvolvam práticas de fiscalização e, principalmente, de participação social na administração pública, de modo a implementar melhoras efetivas no serviço público.¹⁵

Em termos de melhorias na administração judiciária, além da necessária transparência de informações, resulta fundamental que os interessados nos serviços judiciários, de modo especial o próprio cidadão, estejam dispostos não apenas a fiscalizar as práticas desenvolvidas, mas a influenciar os rumos da gestão do Poder Judiciário. Para esse fim, se revela determinante compreender o modo como a burocracia engendra sentidos para as práticas da administração judiciária e o quanto elas estão comprometidas com a melhoria da prestação jurisdicional em favor dos cidadãos e não apenas do mercado. Na medida em que a transparência das informações dos atos da administração judiciária acaba capturada pelos processos de duplicação da realidade dos meios de comunicação de massa, resulta comprometido o alcance de participação do cidadão na formulação das políticas públicas desenvolvidas, que se resumem, o mais das vezes, na denúncia desarticulada de irregularidades, sem propostas alternativas, o que redundando na repetição de erros e de práticas lesivas ao interesse público.

Mais se acentuam as dificuldades para a melhoria dos serviços judiciários prestados quando a própria burocracia encarregada da formulação de políticas públicas acaba enredada por demandas elaboradas pela mídia e passa a atuar de forma fragmentária ao mesmo tempo em que se revela incapaz de encontrar solução para os problemas fundamentais da administração da justiça, como por exemplo, o do crescente número de processos e da necessidade de mais julgamentos, no contexto de rigidez de estrutura imposto pelo ideário de redução de gastos e de despesas.

A gestão administrativa do Poder Judiciário, comprometida com a promoção da cidadania, precisa abrir canais de participação do jurisdicionado na formulação de modelos de gestão, o que não se resume a assegurar a transparência de informações dos atos da administração, máxime se considerado o quanto práticas administrativas podem interferir no modo como prestada a justiça.

¹⁵ CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliação, informação e responsabilização no setor público. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 46, p. 993-1016, jul./ago. 2012.

4. CONTROLE DE RESULTADOS NO PODER JUDICIÁRIO E PROMOÇÃO DA CIDADANIA

O papel da administração judiciária é o de assegurar a eficácia do principal fundamento do Poder Judiciário, nas sociedades liberais democráticas, que é o de assegurar a imparcialidade dos julgamentos e, conseqüentemente, manter a salvo a independência dos juízes.

Uma vez considerado que a administração judiciária deve ter, por escopo, assegurar a evolução social, o que, em último caso, nos termos dos fundamentos da Constituição da República, significa perseguir o objetivo de homogeneização do acesso a direitos e bens, no contexto de desigualdades e assimetrias da sociedade brasileira, a mensuração do sucesso das práticas administrativas está diretamente relacionado às formas de controle de resultados.

Pelo menos até a entrada em funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, a gestão administrativa do Poder Judiciário não despertava a atenção dos juízes. A burocracia dos tribunais desenvolvia práticas de administração que acabavam validadas pela repetição ao longo do tempo, sem a preocupação com a avaliação e a mensuração de resultados. Segundo José Marcelo Maia Nogueira e Regina Silvia Pacheco, uma explicação para essa situação pode ser a de que a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na gestão interna, mas em ações institucionais, ou seja, o exercício da atividade jurisdicional propriamente dita; a estabilidade e o funcionamento do Poder Judiciário dependeria de elementos de natureza política, ligadas ao problema da realização da justiça.¹⁶

Com o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, a gestão interna dos tribunais passou a ter tratamento técnico específico assentando nas premissas de indicadores de planejamento estratégico e de sistematização estatística de dados. O denominado relatório *Justiça em Números* se insere no objetivo de sistematizar dados acerca da atuação administrativa dos tribunais de modo a propiciar ferramentas de gestão. Além dos indicadores de planejamento estratégico e do *Justiça em Números*, o Conselho Nacional de Justiça também incorporou prática de mensuração de resultados por metas.

Como se observa, a política de gestão do Poder Judiciário implementada pelo Conselho Nacional de Justiça buscou enfrentar problemas

¹⁶ NOGUEIRA, José Marcelo Maia; PACHECO, Regina Silvia, **A gestão do poder judiciário nos estudos de administração pública**. II Congresso Consad de Gestão Pública. Brasília, 7 e 8 de maio de 2009.

de administração interna da justiça para, a partir dessa perspectiva, estabelecer metodologia de desempenho e de resultados da atividade fim de prestação de justiça.

É necessário verificar se a perspectiva de gestão da administração interna dos problemas da justiça é suficiente para a mensuração dos resultados do Poder Judiciário, sem levar em conta os elementos de natureza política envolvidos na prestação de serviços de justiça nas sociedades democráticas.

No contexto da administração pública voltada para resultados, pensar a avaliação de desempenho e resultados exige considerar duas questões: a) a primeira que se relaciona ao modo como a administração pública deve comprometer-se com a avaliação de desempenho e resultados; b) a segunda, derivada da primeira, diz respeito ao sentido que um determinado modo de administração pública condiciona ou é condicionada pelo desempenho e pelos resultados esperados.

Em torno da segunda questão, o que deve chamar atenção é até que ponto a administração voltada para a mensuração de resultados é capaz de, numa sociedade como a brasileira de desigualdades marcantes, conduzir a novo patamar de evolução social, sem considerar os elementos políticos das ações que envolvem a atividade jurisdicional.

Considerado que os indicadores de planejamento estratégico ainda não produziram efeitos suficientes para permitir análise objetiva de desempenho, resta verificar se o relatório *Justiça em Números* e a mensuração por metas se mostram eficazes em termos de busca de eficiência e qualidade nos serviços judiciários.

Em relação ao relatório *Justiça em Números*, José Marcelo Maia Nogueira, Leonel de Oliveira Lima Góis e Regina Silvia Viotto Monteiro Pacheco assinalam que os dados que ele compila não permitem estabelecer diferenciações ou mensurações distintas, considerando-se os tipos de processo e de demandas nos tribunais.¹⁷ O relatório incorpora uma premissa de comparação de tribunais que propicia um tratamento dos dados por meio de ranking de que se valem os meios de comunicação de massa para a construção de sentido das informações. Em termos estritamente administrativos ainda não se dispõe de elementos objetivos para avaliar a utilidade do relatório *Justiça em Números* em termos de instrumento de alavanca para mudanças nas práticas de gestão judiciária.

¹⁷ NOGUEIRA, José Marcelo Maia; GÓIS, Leonel de Oliveira Lima; PACHECO, Regina Silvia Viotto Monteiro, **A gestão do poder judiciário**: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do judiciário brasileiro. II Congresso Consad de Gestão Pública, Brasília, 7 e 8 de maio de 2009.

Por outro lado, é necessário considerar que um compromisso estreito com os resultados mensurados por metas, pode contribuir para desresponsabilizar o juiz pelo verdadeiro resultado da prestação jurisdicional que é solucionar o conflito, promover a justiça com vistas a novo patamar de evolução social. De certo modo, estabeleceu-se um consenso, apoiado pela mídia e pelos chamados formadores de opinião, que a gestão por metas na administração judiciária se mostra confiável o suficiente para permitir avaliação de desempenho e de resultados. Não se questiona os fundamentos da mensuração de resultado por metas e seus efeitos em termos de melhoria da qualidade da prestação jurisdicional. Prepondera uma preocupação com a redução de prazos para a solução de demandas e com a redução de processos pendentes de julgamento. Permanece sem questionamento o quanto a mensuração de resultados por metas pode ser benéfica ou prejudicial para o modo como realizada a tarefa de prestação jurisdicional, que constitui a atividade fim do Poder Judiciário.

Observados os objetivos da mensuração de resultados por metas e pelo relatório *Justiça em Números* é possível afirmar que o Conselho Nacional de Justiça concentrou esforços na solução de problemas internos da administração da justiça, sem avaliar as consequências dessa premissa em termos do histórico de legitimidade do Poder Judiciário derivado do conteúdo político das ações dos agentes envolvidos na realização da justiça. De certo modo, verificou-se uma certa centralização na administração judiciária cujos efeitos problemáticos estão na origem do Poder Judiciário brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça corre o risco de repetir a cultura arraigada na administração judiciária de, segundo Stuart B. Schwartz, mesclar uma gestão centralizada, ordenada por normas burocráticas e relações impessoais, sem necessariamente desestabilizar redes de relações interpessoais, baseadas em interesses e parentesco¹⁸, o que, aliás, não é incomum na administração pública brasileira em geral.

Nos últimos anos, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça caminha na direção de introduzir uma concepção de *Governança* na administração judiciária, menos centralizadora e verticalizada e mais apoiada na coordenação e na cooperação, o que se evidencia, por exemplo na elaboração dos indicadores de planejamento estratégico.

A administração judiciária baseada na concepção de *Governança* pode dar ensejo a uma participação mais efetiva da sociedade na solução

¹⁸ SCHWART, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

dos problemas dos serviços judiciários, a exemplo do que, segundo Katrin Möltgen, ocorre na Alemanha em áreas da administração pública.¹⁹

Com efeito, não é estranho à sistemática da Constituição da República a participação popular na formulação de políticas e nos controles da gestão da administração pública, a exemplo do que ocorre no inc. II do art. 204. A viabilidade jurídica da participação popular na formulação de políticas pública e de gestão pode ser exemplificada pela Leis n.º 8142/1990, que criou o Conselho Nacional de Saúde; a Lei n.º 8742/1993, que criou o Conselho Nacional de Assistência Social e a Lei n.º 9131/1995 que criou o Conselho Nacional de Educação. O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, não pode ser enquadrado nas formas de participação popular na administração pública porque é órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário.

A operacionalidade da participação popular na gestão pública, contudo, tem se revelado apática, o que, de acordo com Cláudio Gurgel e Agatha Justen, realimenta a prática de recorrer a práticas individualistas, de interesses e de favores para a solução de problemas, do que pode não escapar a própria administração judiciária.²⁰ Não é o caso, todavia, de refutar a viabilidade da participação popular na gestão da administração judiciária. Conforme assinalam Cláudio Gurgel e Agatha Justen a apatia revelada na atuação dos conselhos de participação na gestão pública decorre do contexto de valores individualistas típicos da nova ordem que se consolida a partir dos anos 1990 suplantando um período mais rico de mobilização social nos anos 1980.²¹ Evidencia-se, assim, que a participação popular na gestão pública exige um ambiente propício à mobilização, imbuído de valores éticos e sociais, que não se materializa à medida em que não contar com o incentivo da ação dos órgãos estatais.

A viabilidade de mudanças significativas na administração judiciária no Brasil terá o seu alcance ampliado na proporção que, a partir da premissa de *Governança*, incorporar formas de participação popular e resgatar, para além dos meios técnicos de controle internos, o caráter político que envolve a ação de realizar a justiça.

¹⁹ MÖLTGEN, Katrin. O gerenciamento democrático na gestão pública. **Revista de Administração Pública e Gestão do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas - Projetos, maio de 2012. p. 47-55.

²⁰ GURGEL, Claudio; JUSTEN, Agatha. Controle social e políticas públicas: a experiência dos Conselhos Gestores. **Revista de Administração Pública**, n. 47, p. 357-378, Rio de Janeiro, mar./abr. 2013.

²¹ Idem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise partiu da premissa de que, considerados os interesses em jogo e as assimetrias existentes na sociedade brasileira, a participação popular na administração judiciária pode conduzir a ampliação dos escopos da gestão para além do compromisso de suporte a elementos de natureza econômica.

Para viabilizar a participação popular na formulação de práticas da administração judiciária é necessário superar os obstáculos colocados à evolução social, representados pela produção de sentidos dos meios de comunicação de massa. O exercício do direito à informação precisa dar voz aos discursos alternativos, de modo a viabilizar a crítica às metodologias administrativas incapazes de promover a cidadania.

A ideia de *Governança* pode incorporar formas de participação popular na gestão administrativa judiciária de modo a resgatar, para além dos meios técnicos de controle internos, o caráter político que envolve as ações de realização da justiça. Esse pode ser o caminho para superar formalismos e abstrações e dar materialidade ao discurso de aproximação da justiça do povo e para aprofundar a democracia.

REFERÊNCIAS

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. Avaliação, informação e responsabilização no setor público. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 46, jul./ago. 2012.

COHN, Gabriel. **Crítica e resignação**: Max Weber e a teoria social. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros. **Instituto Brasileiro de Administração Pública**, Caderno n. 1, 1996.

GURGEL, Claudio; JUSTEN, Agatha. Controle social e políticas públicas: a experiência dos Conselhos Gestores. **Revista de Administração Pública**, n. 47, Rio de Janeiro, mar./abr. 2013.

HENRICH, Carolyn J. Como avaliar o desempenho e a efetividade do setor público. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. **Administração Pública: coletânea**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 2010.

HESPANHA, Antonio Manoel de. **Direito e crise**. Palestra proferida na Universidade Federal do Paraná, em 15 de abril de 2013.

KEHL Maria Rita. **Videologias**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulos, 2005.

MARAZZI, Christian, **O lugar das meias: a virada linguística da economia e seus efeitos sobre a política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

MILL, *John Stuart*. Consideration on representative government. **Collected papers of John Stuart Mill**, University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, , v. XIX, London, 1977. (Tradução brasileira Editora Universidade Brasília, 1982).

MÖLTGEN, Katrin. O gerenciamento democrático na gestão pública. **Revista de Administração Pública e Gestão do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Projetos, maio de 2012.

NEVES, Teresa Cristina da Costa. Caligrama. **Revista de Estudos e Pesquisas em Linguagem e Mídia**. ECA/USP, vol. 1, n. 3, set./dez. 2005.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia; GÓIS, Leonel de Oliveira Lima; PACHECO, Regina Slvia Viotto Monteiro. **A gestão do poder judiciário: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do judiciário brasileiro**. II Congresso Consad de Gestão Pública, Brasília, 7 e 8 de maio de 2009.

_____.; PACHECO, Regina Silvia, **A gestão do poder judiciário nos estudos de administração pública**. II Congresso Consad de Gestão Pública. Brasília, 7 e 8 de maio de 2009.

SÁBADA, Igor; GORDO, Ángel. **Cultura digital y movimientos sociales**. Madrid: Catarata, 2008.

SCHWART, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo. **Gestão pública no poder judiciário**. Disponível em: http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Claudio_Eduardo_Regis_de_Figueiredo_e_Silva.pdf. Acesso em 08.06.2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

WOOD JR, Thomaz. O equilíbrio bêbado. **Carta Capital**. São Paulo, n. 752, 2013.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR).

A Jurisdição
Constitucional
como
instrumento
potencializador
da efetividade
dos Direitos
Humanos

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho problematiza os conteúdos da jurisdição e dos direitos humanos, visando contextualizar a jurisdição como instrumento de conformação do ordenamento jurídico brasileiro com a proteção internacional dos direitos humanos, de modo a potencializar a efetividade daqueles direitos.

Parte-se, para tanto, de duas premissas. A primeira delas é a revolução axiológica que a virada constitucional proporciona ao Processo, e da modificação do escopo dos seus institutos, sobretudo da jurisdição, a partir da conexão com valores morais e éticos.

A outra é o reconhecimento, pelo Brasil, no plano internacional e interno, da existência e validade dos direitos humanos, que incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro a os valores morais insculpidos na proteção internacional dos direitos humanos.

Com isso, vislumbra-se a possibilidade de que esta nova principio-logia, trazida pelos direitos humanos, venha aportar na jurisdição, com aproximação entre as duas esferas, proporcionada pela Constituição.

Assim, indaga-se de que modo se opera a aproximação entre a jurisdição e os direitos humanos, ou seja, quais seriam os pressupostos que a permitem, e de que modo contribuem para a efetividade daqueles direitos.

Tem-se como pano de fundo o abandono da cisão entre moral e direito, proporcionada com a superação do positivismo jurídico como paradigma jusfilosófico, de modo a permitir maior permeabilidade do ordenamento jurídico brasileiro a concepções de caráter ético-valorativo.

Deste modo, neste contexto de transformação axiológica, justifica-se o estudo pelo incremento atual no prestígio das concepções de direitos humanos e cria-se a demanda pelo aprofundamento dos aplicadores do direito nos valores insculpidos na proteção internacional, sobretudo no exercício da atividade jurisdicional.

2. A JURISDIÇÃO E A REVOLUÇÃO AXIOLÓGICA

A concepção de jurisdição se conecta e se contextualiza com o modelo de Estado, sendo influenciados pelo pensamento jurídico de cada época, e evolui conforme se desenvolvem os paradigmas jurídicos vigentes. Cada tipo de Estado, resultado do tecido social e das forças políticas de

cada época, deposita expectativas específicas na jurisdição, desenvolvendo modelos que se adequem a essas necessidades.

O modelo de Estado liberal se sustentava no império da lei, na medida em que aquela era a única legítima representante da vontade popular. A lei, neste paradigma, conforme explica Marinoni

não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem”, e “o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.¹

Em função destas características, o pensamento jurídico no Estado Liberal se sustentou fortemente pelo positivismo jurídico, já que o raciocínio positivista permitia a plenitude lógica do sistema jurídico, uma vez que “não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação”.²

Nas palavras de José Laurindo de Souza Netto³,

no iluminismo racionalista que influenciou o Estado liberal, a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal.

A jurisdição que se vislumbrava neste modelo de Estado era aquela que pressupunha a mera replicação pelo juiz das previsões legislativas. A interpretação da lei era impedida. A função da jurisdição era somente proteger os direitos consagrados na lei, somente quando violados. Não se conjecturava, neste paradigma, a atividade criativa do juiz, no sentido de criar direitos para além dos já previstos na legislação.

Este modelo de Estado entra em cheque, a partir do questionamento da perspectiva de que a lei era fruto da vontade geral e legítima, e sugerindo-se a

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

² *Ibid.*, p. 30.

³ SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, 2012, nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 08/03/2013.

existência de “vontades políticas”, emergindo outro modelo, “preocupado com as questões sociais que impediam a ‘justa’ inserção do cidadão na comunidade”.⁴

Com a mudança de paradigma do Estado Legislativo (Liberal) para o Estado Constitucional, a lei pede a sua primazia na ordem jurídica, dando lugar à Constituição, que, nesse contexto, ganha atributos que lhe conferem maior imperatividade.

Há, nas palavras de Marinoni⁵, a “dissolução da lei genérica, abstrata, coerente, e fruto da vontade do parlamento.” A lei não é mais suprema, e está, portanto, submetida a controle, que não leve em conta apenas a correção de seu processo de elaboração, mas sim a sua harmonia com princípios de justiça, insculpidos na Constituição.

Assim, questionada a perfeição e legitimidade da lei, há o gradual abandono da perspectiva liberal e positivista, em que a validade da lei se sustentava na sua perfeição formal, e uma conseqüente retomada (ou busca) pelo conteúdo substancial das leis, estampados nas constituições.

Neste contexto, o positivismo perde espaço, uma vez que a lei, subordinada aos princípios constitucionais e de justiça, deixa de ser objeto científico. A legitimidade do sistema se vê deslocada da supremacia da lei e sua interpretação positivista à possibilidade de concretização dos valores constitucionais, com hermenêutica diferenciada.

O reconhecimento da jurisdição de valores morais, e a colocação destes nos textos constitucionais, na forma de princípios, “realizam uma plasmação de jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos”, revolução que tem impacto direto na concepção e função da jurisdição.⁶

A Constituição, por ter matriz principiológica, altera a estrutura normativa disponível para o intérprete, deixando de ser composta por normas a serem determinadas mediante o silogismo típico do positivismo, para ser formada pelo binômio regras e princípios, cujo manejo depende de ponderação e análise de valores.

Na doutrina constitucional brasileira, essa nova constelação teórica, que reconhece ser a estrutura normativa composta de regras e princípios, foi primeiramente exposta, como já

⁴ MARINONI, op. cit., p. 43.

⁵ Ibid., p. 40.

⁶ MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. Em Hermenêutica Constitucional:** homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 101.

destacado, por Paulo Bonavides, apontando Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus principais protagonistas. Para descrever essa nova configuração nosso venerando constitucionalista utilizou o termo “pós-positivista”. A utilização de tal rubrica justificou-se na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos e dos valores a eles atrelados implicou o abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico – a não-conexão necessária entre direito e moral.⁷

Antes de adentrar nas transformações sofridas pela jurisdição nesse novo contexto, convém ressaltar que esta revolução axiológica impacta no processo como um todo, significando uma quebra do paradigma anterior, uma vez que evidencia “o inegável paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve”.⁸

Com efeito, a perspectiva constitucional do processo revolucionou a concepção clássica de que as normas, processuais, tidas como meramente técnicas, seriam refratárias a concepções político-jurídicas.

Nas palavras de Cândido Dinamarco:

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.⁹

Assim, a interpretação constitucional do processo marcou a concepção que o processo está informado por princípios e valores que determinam seus institutos essenciais, sobretudo a jurisdição, que possui a função de dar concretude os valores escolhidos socialmente e estampados na Constituição.

⁷ MAIA, op. cit., p. 103.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

Nas palavras dos autores de Teoria Geral do Processo:

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro que a história, a sociologia e a política hão de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que se deve utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e seus princípios.¹⁰

Ou seja, nesta virada axiológica, o processo emerge, portanto, não mais como “um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”¹¹

No dizer de Dinamarco:

A idéia-síntese que está na base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal, são manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: *o valor justiça*.¹²

Também para os autores de Teoria Geral do Processo:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão

¹⁰ CINTRA, op. cit., p. 81.

¹¹ CINTRA, op. cit., p. 82.

¹² DINAMARCO, op. cit., p. 26.

muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.¹³

Em que pese a viragem constitucional tenha impactado os três pilares da ciência processual – ação, jurisdição e processo –, é na jurisdição que os seus efeitos se sentem de maneira mais evidente.

Isto porque o que caracteriza este paradigma novo é, como aponta José Laurindo de Souza Netto, valendo-se da lição de Luis Roberto Barroso, “o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional”.¹⁴

Como explica José Laurindo de Souza Netto:

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito.¹⁵

Assim, a alteração do paradigma jusfilosófico de concepção do direito, e mais especificamente da jurisdição, abre espaço para a reinserção da compreensão da realidade concreta e dos valores morais, antes alijados do estudo do Direito e do processo.

Com efeito, nesta nova ética, que desloca o seu fundamento último da mera lógica para a axiologia, não se concebe mais a distinção tradicional entre moral e direito, em que a moral é meramente auxiliar ao intérprete de um sistema perfeito e completo.

¹³ CINTRA, op. cit., p. 35.

¹⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo de; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica**: uma afirmativa da jurisdição constitucional. Artigo apresentado no XVIII Encontro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf. p. 6568.

¹⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p. 3122.

Assim esclarece Comparato:

Assim como a axiologia transformou a ética contemporânea, assim também, segundo se esperava, deveria ela transformar a ciência jurídica. Se os fundamentos do dever-ser não são idéias nem fatos, mas valores, é preciso reconhecer que tanto a Moral quanto o Direito alimentam-se da mesma fonte axiológica, são partes componentes do mesmo sistema normativo.¹⁶

A superação do positivismo jurídico e da cisão entre a moral e o direito resgata a exigência ética e o compromisso do Estado-Juiz de privilegiar, na resolução do caso concreto, a condição humana dos indivíduos envolvidos, estimulando a vivência da relação com o outro, base da concepção de ética.

No dizer de José Laurindo de Souza Netto:

O compromisso da jurisdição com o resgate da consciência de si dos sujeitos conduz a consecução de uma educação ética que viabiliza o exercício dos próprios direitos e do respeito aos direitos alheios. (...)

Cabe à jurisdição transformadora compreender o Direito como um objeto ético, numa concepção abstrata de justiça, devendo o preparo científico do juiz coincidir com sua retidão ética.¹⁷

3. A INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Concebida no contexto da necessidade da retomada axiológica ante à lógica fria do positivismo que sustentava atrocidades do totalitarismo, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 inaugura a noção contemporânea de direitos humanos, de caráter mais profundo e com inédita densidade jurídica em relação às Declarações precedentes.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008 apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15.

¹⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p. 3124/3125.

A Declaração Universal de Direitos Humanos traz uma nova ética de valores, de ordem universal, lastreada axiologicamente na concepção de que o direito atribui valor a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

Centrada nesta concepção ética e jurídica se desenvolveu a proteção internacional dos direitos humanos, mediante a criação e implementação de mecanismos que permitem a conformação da ordem internacional a este novo consenso, e na valorização dos direitos humanos como elemento de destaque nos ordenamentos jurídicos.

Nas palavras do jurista Valério Mazzuoli:

É imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. Todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição. Em outros termos, basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional.¹⁸

Assim também define o juiz da Corte Interamericana Cançado Trindade:

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria.¹⁹

No Brasil, a Constituição da República faz parte deste contexto de incorporação da proteção dos direitos humanos e cumpre nele papel de

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 749.

¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Conferências proferidas no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%200EA%20CJI%20%20.def.pdf>. p. 410.

centralidade, na medida em que constitui o marco de transição democrática e de inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.²⁰

Nesse sentido, não se pode olvidar que, assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi concebido como reação às atrocidades cometidas pelo nazismo, é notório que a Constituição de 1988 foi pensada sob os escombros dos abusos da ditadura civil-militar brasileira, de modo que, dadas as devidas proporções, a Constituição apresente o mesmo espírito de busca da valorização da pessoa humana e de repúdio a qualquer forma de arbítrio que informa a proteção internacional dos direitos humanos.

Assim destaca Flávia Piovesan:

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade da pessoa humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcarão as feições das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.²¹

Assim, no contexto já delineado no item anterior, de valorização dos princípios e de transformação da interpretação constitucional, dados com a superação do positivismo jurídico e da cisão entre moral e direito, a dignidade da pessoa humana emerge como a síntese valorativa do ordenamento jurídico brasileiro, a ser garantido pelos seus intérpretes.

Nas palavras de Piovesan:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro, como critério e parâ-

²⁰ MAZZUOLLI, op. cit., p. 763.

²¹ PIOVESAN, op. cit., p. 419/420.

metro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. Na ordem de 1988, esses valores passar a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.²²

Convém ressaltar ainda que, a Constituição da República, além de trazer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e um significativo rol de direitos fundamentais, de forma a espelhar grande parte da proteção internacional, prevê a possibilidade de integração com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no seu art. 5º, §2º.

Ocorre então, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abertura constitucional ao Direito Internacional, seja quando espelha a essência da proteção internacional, seja quando expressamente incorpora as normas ao seu quadro normativo, aperfeiçoando a principiologia interna com a proteção internacional.²³

Ainda nesta linha, a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais, redefinindo, nas palavras de Piovesan, o conceito de cidadania no Brasil.

O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de accountability vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional.²⁴

²² *Ibid.*, p. 52.

²³ MAZUOLLI, op. cit., p. 763.

²⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 81.

Assim, imperioso concluir que a Constituição da República funciona, de várias maneiras, como o fator determinante de aproximação da proteção internacional de direitos humanos com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que integra, formal e materialmente, as duas esferas de proteção.

Importante ressaltar, contudo, que é na fonte valorativa, ou seja, na proteção da dignidade humana e os princípios que dela emanam, anteriormente delineada, que unifica e conecta as duas esferas de proteção – internacional e interna –, que se constitui o eixo fundamental para a efetividade dos direitos humanos, que se consubstancia, em última análise, na valorização do ser humano.

Nas palavras de Cançado Trindade:

Nunca é demais salientar que a concepção, análise e sistematização do Direito Internacional dos Direitos Humanos não estaria completa se, a par dos direitos e garantias, das normas substantivas e dos mecanismos e procedimentos de proteção, não tivesse presentes igualmente os valores que lhes são subjacentes. Estes valores são captados pela consciência humana, fonte material última desse novo corpus juris de proteção. Em meu entender, - permito-me reiterá-lo, - é, em última análise, a consciência jurídica universal (cf. infra) que reconhece e dá expressão concreta aos direitos inerentes a todo ser humano, por conseguinte universais.²⁵

(...)

O despertar e a evolução da consciência humana têm acompanhado *pari passu* a elevação da condição humana. Os avanços nesta linha se devem aos esforços das gerações que se sucedem no tempo. É graças à consciência humana que se cultiva e se enriquece o universo dos verdadeiros valores, e que se fomenta a solidariedade humana. Mais além do Estado e do mercado, há que buscar a proeminência dos valores superiores, capazes de bem orientar a ação e atender as aspirações humanas. O Estado existe para os seres humanos que o compõem, e não vice-versa.²⁶

²⁵ TRINDADE, op. cit., p. 418.

²⁶ TRINDADE, op. cit., p. 469.

4. A APROXIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Na medida em que a jurisdição hoje é compreendida na perspectiva da Constituição, e que esta reflete, em grande medida, o espírito da proteção internacional, e permite a integração do ordenamento jurídico interno, é possível concluir que a jurisdição se coloca no contexto da proteção internacional dos direitos humanos.

A Constituição da República, nesse contexto, funciona como fator determinante de aproximação da jurisdição com os direitos humanos, permitindo, de várias formas, a compreensão da jurisdição na perspectiva humanitária.

A Carta Magna reproduz o quadro axiológico da proteção internacional dos direitos humanos, propiciando harmonia natural entre o ordenamento jurídico brasileiro e aquele arcabouço normativo, favorecendo, sobretudo ao intérprete, a compreensão conjunta das duas previsões jurídicas.

É o que ressalta a jurista Flávia Piovesan em interessante passagem:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional.²⁷

Ressalta-se ainda que os direitos humanos, mais que mero reforço aos fundamentos constitucionais, trazem consigo concepção ética transformadora, que aporta no conceito de jurisdição, pois vem de encontro à perspectiva constitucional do processo.

²⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 53.

Com efeito, a principiologia constitucional se conecta com os valores éticos trazidos pela incorporação do ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos, e repercute na transformação sofrida pela jurisdição com a virada axiológica.

Em outras palavras, amplia-se o espectro já delineado, do compromisso da jurisdição com os valores constitucionais, para que também a jurisdição se conecte com a perspectiva dos direitos humanos, para configurar-se como instrumento de conformação do ordenamento jurídico brasileiro com o corpo jurídico humanitário internacional.

Com efeito, a aproximação da jurisdição com a perspectiva humanitária ressalta qualidades da jurisdição que a perspectiva constitucional define apenas de maneira tímida, de modo que o ponto de vista humanitário, conectado à jurisdição, permite um aprofundamento da matriz constitucional.

A título de exemplo, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, e tutela da dignidade da pessoa humana, ganha relevo, sobretudo, a questão da inclusão social mediante a viabilização do acesso à justiça sem distinção, especialmente a certos grupos da sociedade e setores antes marginalizados da atividade jurisdicional.

Assim, os direitos humanos repercutem na jurisdição de modo a ressaltar a característica de vulnerabilidade e humanidade dos sujeitos envolvidos no conflito a ser apreciado, apelando para o senso humanitário e ético do aplicador do direito.

Com efeito, a inserção da jurisdição na órbita dos direitos humanos confere a ela caráter de instrumento não só a serviço do ético e do justo, mas também da inclusão social dos menos favorecidos, atribuindo ao acesso à justiça significado socialmente transformador.

Nesta linha, o processualista Jonatas Luiz Moreira de Paula concebe a jurisdição como elemento de inclusão social, na medida em que se insere como atividade estatal destinada a superação das desigualdades sociais e a promoção da justiça social, objetivos da república postos no art. 3^a da Constituição Federal.²⁸

²⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.

Nas palavras do jurista:

A transformação e a inclusão social é uma meta a ser alcançada e isso significa uma opção em favor dos grupos sociais excluídos. Logo, não poderá a neutralidade do Estado e nem da jurisdição quando tratar de atividade pública visando a inclusão social.

Assumindo a postura transformadora, tanto a jurisdição como o processo, passarão a ter uma finalidade declarada: a realização da justiça social. Supera-se, assim, a visão de que o processo tem em mira o controle social (sobretudo no processo penal) ou de que o processo visa a unificação do direito positivo ou que se destina a realizar a ordem jurídica.

A jurisdição, assim como o processo porque é o seu instrumento de realização, visa a transformação da sociedade, incluindo na ordem socioeconômica grupos sociais excluídos. Essa postura revela o caráter teleológico de sua atividade, o que significa inexistir qualquer neutralidade no ofício jurisdicional.²⁹

A inclusão social, mediante a viabilização do acesso à justiça aos menos favorecidos, realmente se destaca como resultado de uma interpretação do processo e da jurisdição conformada com os direitos humanos, na medida em que proporciona o incremento das condições de igualdade de direitos concebidas nos seio do paradigma humanitário.

Na mesma linha, em defesa da inclusão social como corolário da jurisdição na perspectiva dos direitos humanos, alerta o jurista paranaense Cândido Furtado Maia Neto que a marginalização, discussão típica do âmbito do processo penal, deve adentrar as ponderações no âmbito do processo civil.

Assim coloca o autor:

De maneira analógica, o cidadão verdadeiramente marginalizado no processo civil é aquele que não possui acesso ao judiciário, não consegue fazer valer e ter direitos, compondo o grupo de indivíduos pertencentes à esfera de exclusão jurisdicional estatal.³⁰

²⁹ PAULA, op. cit., p. 168/169.

³⁰ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Processo Civil e direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 105/106.

No contexto do neoprocessualismo e da análise constitucional do processo, a partir da matriz constitucional principiológica, é possível considerar que uma confluência de normas que versam sobre os dois sistemas processuais - civil e penal -, conduzindo para uma unidade sistêmica, possa possibilitar essa confluência de conceitos.

Conforme explicitam José Laurindo de Souza Netto e Paulo Pegoraro Junior:

A crescente importância que tem sido atribuída à jurisdição constitucional, sobretudo em decorrência da histórica transição para o Estado Democrático de Direito – que em nosso ordenamento se identifica com a promulgação da Constituição da República de 1988 – tem conduzido a unidade processual sistêmica, relacionada tanto ao processo civil quanto ao processo penal, e se caracteriza pela convergência de diversos institutos processuais, num trilhar que se nutre da mesma fonte: a matriz constitucional.

(...)

Se a matriz constitucional impera, então o resultado não poderia mesmo ser outro que não a convergência dos sistemas, superando suas dicotomias extrínsecas e reafirmando, cada vez mais, sua raiz comum.³¹

Assim, com a transposição de princípios e ideias, concebidas na conformação humanitária do processo penal, para o processo civil, é possível enriquecer a já operada conformação constitucional do processo civil, e direcioná-lo à consecução e efetividade dos direitos humanos.

Em outras palavras, a aproximação dos dois sistemas processuais contribui para uma maior efetividade dos direitos humanos, uma vez que permite a maior penetração das novas concepções éticas e jurídicas, mais comumente vislumbradas no contexto do processo penal, no âmbito do processo civil.

Nesta mesma linha, a vocação para a proteção não só dos indivíduos nas relações públicas, mas também privadas não escapou também ao juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade.

Vejamos:

Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Interna-

³¹ SOUZA NETTO; PEGORARO JUNIOR, op. cit., p. 6568.

cional dos Direitos Humanos sejam sobretudo as que contra-
põem os indivíduos como seres humanos ao poder público,
nestas não se exaure a aplicação do mencionado *corpus ju-
ris* de proteção. Dada a diversificação das fontes (inclusive as
não-identificadas) de violações dos direitos humanos - outro
grande desafio contemporâneo, - o raio de ação do Direito
Internacional dos Direitos Humanos se estende também à
proteção contra terceiros (grupos clandestinos, paramilita-
res, grupos detentores do poder econômico, dentre outros)
- configurando-se o *Drittwirkung*; nesta hipótese, pode-se
comprometer a responsabilidade do Estado por omissão (a
responsabilidade internacional *objetiva*).³²

Portanto, observa-se que a aproximação da jurisdição com os a Constitui-
ção, permite potencializar a efetividade dos direitos humanos, uma vez que per-
mite situá-la, cada vez mais, epistemologicamente na perspectiva humanitária.

Com efeito, tal aspecto merece ainda reforços, para que a jurisdição
civil atinja, a exemplo da penal, verdadeira teorização à luz dos direitos huma-
nos, em que se configure totalmente conformada com aquela principiologia.

Conforme advoga Cândido Furtado Maia Neto:

Necessitamos aprofundar o estudo da Teoria Geral dos Direi-
tos Humanos em conjunto com a Teoria Geral do Processo
(Civil, Penal, Administrativo, Trabalhista...) para a plena reali-
zação e capacitação profissional pela necessidade de espe-
cialização na área de proteção as garantias fundamentais e
do (sic) Direitos Humanos.³³

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Como já dissemos anteriormente, como a Constituição Federal de-
sencadeou uma revolução axiológica, que, por sua vez, se conectou com o
conteúdo dos direitos humanos, consignado está que a jurisdição se situa

³² TRINDADE, op. cit., p. 412.

³³ MAIA NETO, 2011, op. cit., p. 237.

epistemologicamente nesse contexto axiológico, com a missão de efetivar os direitos humanos.

Contudo, é de se ponderar, num contexto de busca pela a efetividade dos direitos humanos, não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição – os juízes – efetivarem esta proteção.

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade.

Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional.

A abertura constitucional aos direitos humanos, a partir do art. 5º, §§2º e 3º da Constituição Federal, Mazzuoli³⁴, traz ao operador do direito brasileiro um desafio hermenêutico, pois inclui nas etapas interpretativas, além da já conhecida filtragem constitucional, o necessário controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Com efeito, mesmo com a controvérsia a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, e independentemente da solução que se tenha dado ao status dos tratados – supralegal, constitucional ou emenda constitucional – não se questiona que eles integram o ordenamento jurídico brasileiro em hierarquia privilegiada, remetendo o intérprete à sua análise obrigatória.³⁵

Nas palavras de Piovesan:

O pressuposto básico para a existência do controle de constitucionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.³⁶

³⁴ MAZZUOLLI, op. cit., p. 763.

³⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 115 e ss.; MAZZUOLI, op. cit., p. 762 e ss.

³⁶ PIOVESAN, op. cit., p. 149.

Neste sentido, em que pese a Constituição brasileira silencie sobre a obrigatoriedade deste controle, Piovesan³⁷, o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplicá-la mediante controle de convencionalidade difuso, não podendo se furtar de realizá-lo.

Assim destaca a jurista, valendo-se da Lição da Corte Interamericana:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação das leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade das leis' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.³⁸

Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade.³⁹

³⁷ Idem.

³⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 149/150.

³⁹ Idem.

Com efeito, na exata medida em que a jurisdição constitucional depende do controle de constitucionalidade, Marinoni⁴⁰, os direitos humanos e sua efetividade recaem substancialmente no necessário controle de convencionalidade pela jurisdição, que, compreendida epistemologicamente no contexto constitucional e humanitário, conforma constitucionalidade a normativa brasileira aos tratados internacionais de direitos humanos.

Como afirma Flávia Piovesan⁴¹, “o controle de constitucionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standarts*, os princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais”, permitindo a harmonização efetiva da ordem interna com a ordem internacional.

Assim, com o controle de constitucionalidade potencializa-se a concretização dos direitos humanos, permitindo inserção dos valores dos direitos humanos nas decisões brasileiras, efetivando a proteção internacional por meio da jurisdição.

6. CONCLUSÃO

Com a superação do positivismo jurídico, criou-se um espaço, no âmbito da ciência jurídica, para a consideração de valores éticos e morais, antes alijados do pensamento jurídico por conta do hermetismo típico daquela corrente jusfilosófica.

Tal viragem axiológica propiciou a necessidade da reafirmação e concretização desses valores, consubstanciados na Constituição e na proteção internacional dos direitos humanos, por meio da atividade jurisdicional.

Nesse íterim, demonstrou-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma aproximação da jurisdição constitucional com os direitos humanos, na medida em que o consenso humanitário internacional se aproxima e se conecta com a principiologia constitucional, encontrando-se com a transformação ocorrida na jurisdição.

A própria Constituição, além de operar ela mesma uma revolução axiológica na compreensão da atividade jurisdicional, viabiliza a incorporação das concepções humanitárias de natureza transformadora no nosso ordenamento jurídico, cumprindo vital neste processo de aproximação com direitos humanos.

Esta conexão com o paradigma humanitário confere conotação socialmente engajada à jurisdição, direcionando-a para a consecução da jus-

⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 56.

⁴¹ PIOVESAN, op. cit., p. 150.

tiça social, aprofundando, deste modo, a axiologia constitucional, e repercutindo na atividade jurisdicional de modo a ressaltar o seu viés ético e efetivador dos direitos humanos.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais.

Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. Em Hermenêutica Constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos no Processo Civil: Poder-dever Estatal de respeito à Dignidade da Pessoa e Segurança Jurídica**. Disponível em http://www.direitoshumanos.pro.br/ler_dhumano.php?id=19. Último acesso em 20/10/2012.

_____. **Processo Civil e direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROBLES, Manuel E. Ventura. **La jurisprudência de la corte interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad**. Disponível em www2.ohchr.org/.../PonenciaMVventura.doc. Último acesso em 21/10/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 08/03/2013.

_____; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional**. Artigo apresentado no XVIII Econtro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Conferências proferidas no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trinidade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.

JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA

Juiz de Direito no Paraná.
Mestre e Doutorando em Direito.
Professor da Escola da Magistratura.

*A “Única
resposta
correta”, a
quadratura
do círculo e a
razoabilidade
da decisão
judicial*

1. INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a analisar a concepção de uma *só resposta correta* (“*one right answer*”) para o mesmo caso judicial, a partir do pensamento de Ronald Dworkin, contextualizando com a matemática, mais precisamente com o problema da quadratura do círculo, e suas conexões com a razoabilidade das decisões judiciais.

Tem-se por objetivo geral destacar o que se entende por *única resposta correta*, por quadratura do círculo e por razoabilidade da decisão judicial, apontando as características de cada qual.

Como objetivo específico, almeja-se saber se a busca por apenas uma resposta correta no Direito é realizável, comparando-a, nesta empreitada, com a questão da quadratura do círculo na matemática – ciência exata por excelência –, e quais os reflexos desta abordagem em relação à ideia de razoabilidade da decisão judicial.

Os problemas que se visa enfrentar são: a)- existe apenas uma só solução jurídica para cada caso? b)- na matemática existem respostas exatas para todos seus problemas? c)- o que se entende por razoabilidade da decisão judicial e como alcançá-la? Mais do que isso: como saber se determinada decisão é razoável?

O texto não tem pretensão exaustiva, tampouco se assenta juízos definitivos. Busca-se tão-somente empreender novas possibilidades de laborar com o Direito na tentativa de aproximá-lo da Ciência Jurídica e da Justiça. Se fomentar a reflexão no leitor, independentemente de sua adesão às ideias estudadas, já se terá atingido seu desiderato.

2. A “ÚNICA RESPOSTA CORRETA” DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, jurista estadunidense, recentemente falecido (14/02/2013), foi um dos maiores combatentes do relativismo jurídico. Sua construção teórica foi motivada, basicamente, em oposição ao pensamento do jurista inglês H. L. A. Hart que, no capítulo 7, de seu clássico *O Conceito de Direito* afirmou que, em algumas situações, o juiz deverá decidir o caso com base na discricionariedade.¹

O pensamento de Hart foi motivado, em termos gerais, por dois fatores: a)- apesar do positivismo jurídico, a lei não prevê todas as possi-

¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977. p. IX.

bilidades fático-jurídicas, necessitando da “*atividade judicial criadora*” (“*creative judicial activity*”)²; b)- as palavras veiculadas pelos enunciados normativos apresentam uma textura aberta (“*open texture of Law*”), carecendo para sua aplicação de uma interpretação que podem variar, conforme as peculiaridades do caso concreto. Para comprovar sua posição Hart ministrou o seguinte exemplo: “*nenhum veículo pode entrar no parque*” (“*no vehicle may be taken into the park*”)³. Na sequência, sustentou que, se se estiver diante de um automóvel comum, de um ônibus ou de uma motocicleta, não haverá dúvida da incidência da hipótese contida na lei. Diversa, porém, será a situação se se estiver diante de “*carro elétrico de brinquedo*” (“*toy motor-car electrically propelled*”),⁴ o que exigirá uma atitude adaptativa por parte do juiz.

Ao exemplo de Hart podem ser acrescentados outros, tais como: e se estiver diante de um cortador de grama motorizado que somente pode ser operável se conduzido pelo responsável pelos serviços? Ou: e se se tratar de veículo policial que esteja em perseguição a criminoso(s) em estado de flagrante delito? E, por fim, e se se tratar de uma ambulância que precise ingressar no parque para prestar socorro a uma pessoa em risco de morrer?

Seguramente, nestes últimos exemplos, haverá necessidade de uma adaptação, flexibilização, correção, calibração do enunciado normativo, a fim de evitar uma solução jurídica írrita, insensata, absurda, injusta.

A postura de Hart, a propósito, é muito semelhante ao que defendeu Recasens Siches, ao defender que a lógica jurídica exige uma lógica própria, ao que nominou “*lógica do razoável*”.⁵ Para atestá-la, Siches recorreu a Radbruch, que, de sua parte, colheu exemplo de Petrasyski, a saber: “*é proibida a entrada na plataforma de pessoas com cães*” (“*se prohíbe el paso al anden con perros*”). Exposto o enunciado nestes termos, por certo, uma pessoa que pretendesse ingressar no recinto acompanhada de um urso, não encontraria impedimento jurídico se a matéria fosse dirimida com base em silogismo da lógica tradicional, e isso conduziria a uma solução jurídica destituída de sentido.⁶

Contemporaneamente, o jurista estadunidense Andrei Marmor, professor de Berkeley, apresenta hipótese semelhante. Suponha-se um passageiro

² HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 134.

³ *Ibid.*, p. 128.

⁴ *Ibid.*, p. 129.

⁵ SICHES, Luí Recasens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 143.

⁶ SICHES, op. cit., p. 165.

que esteja em uma estação de trem aguardando a chegada do veículo transporte. Na estação, o passageiro se apercebe da existência de uma regra jurídica, que prescreve: “*é proibido dormir nesta estação*” (“*it shall be a misdemeanor to sleep in any railway station*”). Apesar disso, após algum tempo de espera no local, o sujeito acabe por cochilar alguns minutos. É evidente que não houve infração à regra jurídica, haja vista o texto e contexto respectivos. A norma em questão, em sua essência, *proíbe* que pessoas passem à noite no local; que durmam; façam da estação meio de acomodação; que se valham das poltronas ou bancos ali existentes como leitos, o que não foi o caso. Disto tudo se percebe que não basta o exame frio e literal dos dispositivos legais. É preciso investigar o contexto em que o fato ocorreu cotejando-o com o valor e finalidade tutelados pelos Direito com a edição da norma.⁷

Hans Kelsen, no capítulo 8º, de seu, igualmente, clássico *Teoria Pura do Direito*, para desagrado de Dworkin, embora Kelsen não tenha sido seu foco⁸, a exemplo de Hart, afirmou que pode haver mais de uma decisão correta para um mesmo caso.^{9, 10} Veja o que Kelsen disse:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘juste’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei (...) só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida á outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’.

⁷ MARMOR, Andrei. **The Pragmatics of Legal Language**. USC Legal Studies Research, Paper nº 08-11. May 2008. p. 9.

⁸ Segundo Dworkin “The most powerful contemporary version of positivism is that proposed by H.L.A. Hart, and it is Hart’s version which is criticized in this book”. Tradução: “A versão contemporânea mais forte do positivismo é proposto pelo H. L. A. Hart, e é esta versão (de Hart), que é criticada neste livro”. (DWORKIN, op. cit., p. XI).

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 391.

¹⁰ Hart, a exemplo de Kelsen, reconheceu a possibilidade de mais de uma decisão correta. Observe-se: “In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise a discretion, and there is a possibility of treating the question raised by the various cases as IF there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests”. Tradução: “Nestes casos, é evidente que a autoridade respectiva deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos, como se houvesse uma única resposta correta a ser encontrada, como distinto de uma resposta que é um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes”. (HART. op. cit., p. 132).

Exposta a ideia desta forma, ou seja, considerando a dimensão e riscos que podem ocorrer com uma discricionariedade sem precisar seus limites, em certo sentido, não há como discordar de Dworkin. Afinal, quais seriam os critérios para se aferir se a decisão judicial não reflita uma mera opinião (“*doxa*”) do julgador, com base em critérios pessoais de justiça, formados a partir de sua biografia?¹¹

Esta circunstância poderia, sem dúvida, comprometer a segurança jurídica que, ao lado da paz e da Justiça, constitui um dos principais fundamentos e fins do Direito.

Foi com essa preocupação que Dworkin não negou, em plenitude, a existência de discricionariedade na atuação judicial.¹² No entanto, defendeu que esta discricionariedade deve ser em “*sentido fraco*” (“*weak sense*”), e não em “*sentido forte*” (“*stronger sense*”).¹³ O Direito positivo vincula e deve ser observado por todos, de modo a evitar instabilidade social e os reflexos imprevisíveis disso. Dworkin, então, passou a defender a ideia extrema da existência de apenas uma única solução correta (“*one right answer*”) nos casos judiciais.¹⁴ Para tanto, acresceu outras três elementos, quais sejam: o “*romance em cadeia*” (“*chain novel*”), o juiz Hércules e o Direito como Integridade (“*Law integrity*”).

De se averbar que Dworkin sustentou até o fim de sua vida suas premissas teóricas, como se pode comprovar na obra “*Justice in Robes*”, de 2006, oportunidade que afirmou: “*Alguns críticos, incluindo Brian Barry e Joseph Raz, sugerem que eu mudei de idéia sobre o caráter e a importância da afirmação da existência e reivindicação de ‘uma resposta correta’. Para o bem ou para o mal, não mudei.*”¹⁵

¹¹ Segundo Dworkin: “Lawyers need no evidence to show that judges disagree, and that their decisions often reflect their background and temperament”. Tradução: “Advogados não precisam de provas para mostrar que os juízes discordam e que suas decisões muitas vezes refletem sua formação e temperamento.” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977. p. 6).

¹² Para Dworkin: “The proposition that when no clear rule is available discretion in the sense of judgment must be used is a tautology”. Tradução: “A proposição de que quando não há regra clara deve-se usar o poder discricionário no julgamento é uma tautologia.” (Ibid., p. 34).

¹³ Ibid., p. 32.

¹⁴ Em certa passagem da obra levando os direitos a sério, fica clara a proposta de Dworkin ao formular a seguinte indagação: “How should judges reach their decisions in order best to advance the goals of the legal process?” Tradução: “Como os juízes devem chegar às suas decisões de modo a melhor para atender os objetivos do devido processo legal?”. (Ibid., p. 6).

¹⁵ No original: “Some critics, including Brian Barry and Joseph Raz, suggest that I have changed my mind about the character and importance of the ‘one right answer’ claim. For better or for worse, I have not”. (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 266).

Neste contexto, de acordo com o *romance em cadeia* (“*chain novel*”), cada juiz agiria como a dar continuidade a um longo e inacabável romance, e cada decisão judicial seria mais um capítulo de uma obra a partir do que já foi escrito no cenário jurídico. Esse romance, portanto, não parte do grau zero; ao contrário, daria sequência ao que foi e vem sendo escrito e deve expressar um encadeamento lógico com essa sequência. Traduz, de certa maneira, o respeito aos precedentes judiciais, e seu conteúdo vinculativo.¹⁶

O juiz Hércules, a seu turno, pode ser entendido como um modelo de juiz ou, para alguns, uma metáfora. Expressa a postura que deve ser adotada pelos juízes em geral ao lidarem com os conflitos postos para decisão. Esse juiz Hércules seria dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas. Ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos e sabe que os juízes devem seguir os precedentes dos Tribunais.¹⁷

A noção de integridade, juntamente com o devido processo legal, a justiça e a própria equidade impõe a concepção do Direito como um conjunto único e coerente de princípios, expresso não só pelas leis (“*integridade na legislação*”), mas também por parte dos juízes nas soluções dos casos que devem conceber o direito como um todo sistematizado (“*integridade nos julgamentos*”), em que não há espaço para decisões “*ad hoc*”, baseadas em preferências pessoais.

¹⁶ Nas palavras do próprio Dworkin: “Each judge is then like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not only to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively done, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written”. Tradução: “Cada juiz é, então, como um romancista em cadeia. Ele ou ela deve ler o que outros juízes no passado escreveram não só para descobrir o que esses juízes já disseram, ou seu estado de espírito quando eles disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes têm coletivamente fizeram, no sentido de que cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até agora.” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p. 159).

¹⁷ Sobre o juiz Hércules, veja como Dworkin se expressa: “We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction”. Tradução: “Podemos, portanto, considerar como um juiz filósofo poderia desenvolver, em casos apropriados, teorias sobre as intenções legislativas e aquilo que os princípios jurídicos exigem. Veremos que ele iria construir essas teorias da mesma maneira como um árbitro filosófico iria construir as características de um jogo. Eu inventei, para esse fim, uma figura de habilidade sobre-humana, aprendizagem, paciência e perspicácia, a quem eu chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja um juiz de alguma jurisdição americana representativa. Presumo que ele aceita as principais regras não controversas que regulam o direito em sua jurisdição.” (DWORKIN, **Taking**, op. cit., p. 105).

Apesar do esforço do jurista estadunidense, um exame mais criterioso da realidade jurídica, indica que é, sim, possível mais de uma solução correta – juridicamente aceitável – para uma mesma questão jurídica. A bem ver, isto ocorre diariamente em todas as instâncias do Poder Judiciário, seja entre juízes de primeiro grau que proferem decisões antagônicas entre si, todas inseridas na moldura jurídica; seja, ainda, nas decisões proferidas pelos Tribunais em reexame das decisões de primeiro grau ou mesmo quando estes Tribunais têm suas decisões alteradas pelos Tribunais Superiores, sem que, por si só, possa-se falar em decisões erradas ou falhas. Muitas vezes isto provém de meros entendimentos díspares, todos realizados no âmbito do juridicamente aceitável.

Esta situação, aliás, em algumas circunstâncias pode criar certo embaraço aos profissionais do Direito quando se veem diante da difícil tarefa de explicar o que ocorreu a parentes ou amigos que não tenham trânsito ou formação jurídica.

De qualquer forma, não há como não reconhecer o mérito da obra de Dworkin ao combater o relativismo jurídico, formulando para isto uma teoria com contornos rígidos; critérios mais firmes na interpretação e aplicação do Direito. Embora tenha recebido diversas críticas em relação à “*única resposta correta*”,^{18,19} tem-se que o maior ponto fraco de sua teoria nem seria tanto este último aspecto, mas sim as premissas que ele assentou para alcançá-la.

Neste particular, merece destaque a ficção do Juiz Hércules. Como se sabe, na realidade – e mesmo no sentido metafórico –, não existem juízes semideuses, com poderes sobre-humanos, o que, por si só, indica para a não factibilidade de uma só decisão correta na solução de um mesmo caso jurídico.

A busca pela existência, sempre, de só uma decisão correta soa como algo inatingível. Trata-se de projeto que não se realiza, tampouco pode se realizar, eis que, ao contrário do que o ser humano pode aspirar, a vida não é matemática; não em tons absolutos. E, fazendo uso das palavras de Georges

¹⁸ De acordo com Eros Grau: “Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (**exata**) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. XXV).

¹⁹ Na mesma trilha, Robert Alexy: “as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível!” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, p. 266).

Ripert, cumpre anotar que “*toda vez que o Direito ignora a realidade; a realidade se vinga, ignorando o Direito*”.

É preciso, por isso, mirar em outro alvo. Um alvo que não abra as portas, de modo excessivo e, talvez, perigoso para um subjetivismo discricionário desprovido de critérios falseáveis²⁰; e que, ao mesmo tempo, seja compatível com a natureza e vida humanas. Caso contrário, qualquer ideia que venha a ser sustentada fora disso pode não sair da “*folha de papel*”.²¹

3. DIREITO POSITIVO E A QUADRATURA DO CÍRCULO

O Direito não é uma ciência exata. O Direito é *dinâmico e complexo*.

Dinâmico porque se revela mediante um processo histórico e, como dizia Heráclito, “*ninguém passa duas vezes no mesmo rio*”.²² Logo, o Direito deve estar em constante revisão e atualização, seja na prescrição de novas condutas a regular a vida em sociedade, condutas estas que devem estar em consonância com a realidade e com os valores sociais vigentes; seja, ademais, por meio da interpretação (significação) destas condutas (*proibidas (V), permitidas (P) e obrigatórias (O)*), levando-se em conta, sempre, o contexto em que ocorreram.²³

Complexo porque não se esgota em si. Ao contrário, interage com inúmeras dimensões da vida em sociedade. Passa pela moral e pela ética; estende-se pela política e economia; encontra-se com a filosofia, sociologia, antropologia, psicologia e, nesse cenário plúrimo, extrai seus fundamentos e demarca suas diretrizes. Daí o brocardo: “*ubi societas, ibi jus*”.

Não obstante esses aspectos, fato é que o Direito, aqui tomado em sua perspectiva de Direito positivo, é obra humana e, como tal, um produto cultural. Por ser produto da cultura não há como se eliminar a subjetividade. Esta lhe é inerente. Está na raiz do seu nascedouro e, diante disso, o acompanha.²⁴

²⁰ Para Karl Popper para que o conhecimento seja considerado científico deve ser refutável, falseável, falsificável, ou seja, somente quando seja possível checá-lo, examiná-lo, avaliá-lo e testá-lo. (POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975. p. 24-25).

²¹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33.

²² BUCKINGHAM, Will; et. al. **The Philosophy Book**. New York: DK, 2011. p. 40.

²³ Sobre este aspecto, as palavras de Riccardo Guastini: “In âmbito giuridico, ‘interpretare’ significa attribuire significato ad um texto”. Tradução: “No âmbito jurídico, ‘interpretar’ significa atribuir um significado a um texto”. (GUASTINI, Riccardo. **Il Giudice e la Legge**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. p. 17).

²⁴ Acerca do tema, Cristiano Carvalho assevera: “o direito, em nível de significação, ou seja, no plano das normas, é ontologicamente subjetivo como qualquer outro bem cultural, o que torna sempre a investigação árdua. Ainda que

Desse modo, falar em soluções exatas; em uma só solução correta para cada caso não parece ser o melhor caminho em Direito. Em rigor, nem na matemática, ciência exata por excelência, isto ocorre sempre. Mesmo na matemática algumas questões não *fecham*. Ou seja, nem sempre ela fornece apenas respostas únicas para a solução de seus *problemas*, por maior que seja o grau de abstração.

Uma das situações em que isto ocorre se refere à chamada *quadratura do círculo*. O objetivo de se *quadrar* o círculo seria saber se é possível construir um quadrado com área igual e exata à área do círculo, valendo-se apenas de régua e compasso, em um número finito de possibilidades.²⁵ Daí a expressão *quadratura do círculo*.

Oficialmente, a primeira tentativa de *quadrar* o círculo data do Século V a.C, por iniciativa de Anaxágoras.²⁶ O tema seguiu por Séculos sem solução, desafiando matemáticos – e não só – de várias épocas e cantos do planeta. Um dos que se debruçaram sobre o tema foi Thomas Hobbes.²⁷

É de conhecimento público que a fórmula do círculo corresponde a “ $\pi \cdot r^2$ ”.²⁸ Para compreendê-la basta realizar uma circunferência valendo-se, por exemplo, de uma fita métrica. Depois, medir o diâmetro e em seguida o perímetro do círculo feito. Na sequência, divide-se um pelo outro e o resultado será algo em torno de “3,14”, ou seja, o π . Logo, a fórmula do círculo vem a ser *exatamente* “ $A = \pi \cdot r^2$ ”. Em que, vertida para linguagem não simbólica, a área do círculo equivale ao π multiplicado pelo raio ao quadrado.

Por conseguinte, para se *quadrar* o círculo, deve-se inserir o π (3,14...) em um dos lados (*l*) do quadrado. Este lado (*l*) deve corresponder à raiz quadrada de π (3.14...). Contudo, este cálculo não resulta possível, pois o π , além de ser um número irracional, é um número transcendente, impossibilitando a operação.

se possa buscar uma epistemologia objetiva, ou seja, livre na medida do possível de opiniões pessoais e juízos de valor subjetivos, o único substrato ontologicamente objetivo do direito são os textos em sua literalidade mais crua. A partir do momento em que o intérprete passa a construir sentido, a ontologia converte-se em subjetiva”. (CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269).

²⁵ VENDEMIATTI, Aloisio Daniel. **A quadratura do círculo e a gênese do número π** . Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009. p. 20.

²⁶ Outros dois problemas matemáticos, desde a Grécia Clássica, similares à quadratura do círculo são a duplicação do cubo e a tripartição do ângulo. Ainda sobre a matemática apresentar outras questões insolúveis, ver o paradoxo de Russel aplicada à Teoria dos Conjuntos, que, de maneira simples, pode ser compreendido pelo Paradoxo do Barbeiro. No mesmo sentido, a Teoria da Incompletude de Kurt Gödel, por vezes chamado de “*teorema da indecidibilidade*”. Isto demonstra que a questão da quadratura do círculo está longe de ser a única aporia na matemática.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Elementos de filosofia**. Primeira Seção. Sobre o Corpo. Parte I. Campinas: IFCH/Unicamp, 2005. p. 10.

²⁸ Ou, informalmente, como se costuma falar no ensino médio: “*Pierre ao quadrado*”.

Para se entender melhor, deve-se lembrar que números irracionais são aqueles que não podem ser obtidos pela divisão de dois números inteiros. O π , número irracional, manifesta-se por meio de uma dízima infinita e não periódica, o que já seria fator complicador o bastante para quadrar o círculo. Atualmente, alguns computadores de alta geração conseguem chegar a centenas de milhões de casa decimais do π . Apenas a título ilustrativo, segue o número π até a tricentésima casa decimal: $\pi = 3,14159\ 26535\ 89793\ 23846\ 26433\ 83279\ 50288\ 41971\ 69399\ 37510\ 58209\ 74944\ 59230\ 78164\ 06286\ 20899\ 86280\ 34825\ 34211\ 70679\ 82148\ 08651\ 32823\ 06647\ 09384\ 46095\ 50582\ 23172\ 53594\ 08128\ 48111\ 74502\ 84102\ 70193\ 85211\ 05559\ 64462\ 29489\ 54930\ 38196\ 44288\ 10975\ 66593\ 34461\ 28475\ 64823\ 37867\ 83165\ 27120\ 19091\ 45648\ 56692\ 34603\ 48610\ 45432\ 66482\ 13393\ 60726\ 02491\ 41273$.

Não bastasse isso, como salientado, o π é, ainda, um número transcendente. Entende-se por número transcendente o número não algébrico, o qual – número não algébrico – vem a ser aquele que não se pode construir em uma equação polinomial com coeficientes inteiros.²⁹ Diz-se transcendente porque transcendem a classe dos números algébricos. Os números algébricos são construtíveis; os não algébricos (transcendentes), não.³⁰

Frise-se que todo número transcendente é irracional. Todavia, nem todo número irracional é transcendente. Isto porque, um número irracional pode ser algébrico; o transcendente, não.³¹

Especificamente, em relação à *quadratura do círculo*, em 1822, o matemático alemão Ferdinand von Lindemann demonstrou que π é um número transcendente (não algébrico). Por conta disso, não é possível construir um segmento de reta de comprimento igual a π , uma vez que π , como número transcendente (não algébrico e irracional), não é um número construtível, como são os números algébricos.

Desta maneira, não há como construir um quadrado com uma área igual a do círculo, utilizando régua e compasso. Importa dizer: não há como calcular em um dos lados do quadrado a raiz quadrada do π , pressuposto necessário para se *quadrar* o círculo com as mesmas medidas algébricas deste, tomando-se por base régua e compasso.

A impossibilidade da quadratura do círculo na matemática guarda certa similitude e pertinência para com o Direito. A matemática, assim

²⁹ VENDEMIATTI, op. cit., p. 48.

³⁰ VENDEMIATTI, op. cit., p. 49.

³¹ *Ibid.*, p. 48-50.

como o Direito, é obra cultural. E, por ser obra humana, por mais rígidos que sejam seus critérios e métodos artificiais, não se chega sempre a soluções exatas. Ora, se na matemática isto é assim, o que dizer do Direito em que não há uma linguagem simbólica precisa, além de que está sempre sujeito a inúmeras interações e facetas da vida, desde costumes, valores ou episódios imprevisíveis de múltiplas e inimagináveis espécies, origens e concausas?

Em certa medida, isto confirma o que foi dito no item anterior: a busca por uma só decisão correta não deve ser a meta. Em Direito não se deve falar em única resposta correta, e sim em decisões jurídicas razoáveis; plausíveis. E, nesse diapasão, pode-se ter, sem dúvida, mais de uma decisão jurídica correta para um só caso, desde que ambas se manifestem como razoáveis.

4. A RAZOABILIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Segundo Fernando Pessoa: “*navegar é preciso; viver não é preciso*”.

Sem embargo de outras possíveis interpretações da frase acima, pode-se entender que a navegação, no sentido náutico, é precisa. É dizer: baseia-se em instrumentos de precisão espacial, o que permite a localização exata do navegador, além de possibilitar que este alcance seu destino com certa margem de segurança. A vida, ao contrário, não é precisa. Como afirmava David Hume, ninguém pode assegurar que o sol nascerá aqui amanhã.³² O que se pode é realizar uma previsão, mais ou menos *razoável*, da probabilidade disso acontecer, levando-se em conta a experiência acumulada no passado.

O Direito, por seu turno, que tem por finalidade regular a vida em sociedade, não pode ser exato, pois a vida não o é. Aliado a isso, a interpretação e a aplicação do Direito não se reduzem a mero silogismo lógico-formal, em que a premissa maior seria a lei; a premissa menor, os fatos, ao passo que a decisão judicial resultaria da mera justaposição de um sobre o outro. Na realidade, a construção da norma individual e concreta (decisão judicial), não raras vezes, exige de seu intérprete e aplicador uma série de processos mentais, que passam pela investigação exaustiva dos fatos e, na sequência, a seu cotejamento com as normas que compõe o ordenamento jurídico, de maneira a formular a solução razoável no caso em pauta. Este

³² HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 31-32.

processo interpretativo, tanto dos fatos, como do Direito não se realiza de maneira linear, compartimentado e rígido. Ao contrário, há uma série de fatores que interagem simultaneamente entre si, seja de ordem jurídica, seja de ordem extrajurídica, os quais conduzirão à solução encontrada.

Nesse percurso, além da debilidade do sistema em reproduzir em juízo em plenitude todos os fatos pertinentes, relevantes e úteis à decisão judicial, há uma série de conceitos jurídicos – determinados e não –, que deverão ser interpretados (significados), a partir do contexto fático em que aconteceram. Isto exige a presença de um “mediador esclarecido”³³ para empreender a passagem da realidade para o texto jurídico e deste para a solução jurídica adequada, sensata e justa que o caso espera.

Neste ponto, deve-se registrar que a interpretação e aplicação do Direito, apesar dos avanços nos estudos sobre inteligência artificial, ainda carece de intervenção humana. É que, muitas vezes, códigos binários próprios de linguagem computacional (“0” e “1”) continuam a ser insuficientes para fornecer soluções sensatas e coerentes – razoáveis – aos casos que são submetidos à análise do Judiciário.³⁴

Em simetria com o pensamento de Recasens Siches e Andrei Marmor, antes citados, e com o intuito de comprovar o que aqui se sustenta, basta notar que, se submetido a um computador, um fato que enuncie a tentativa de subtração para si ou para outrem de 1,3 (um vírgula três) kilos de carne, seguramente se chegaria à condenação criminal do réu respectivo. Entretanto, quando este mesmo episódio é analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, o desfecho é outro. Desfecho, aliás, coerente e consentâneo com os fins e valores jurídico-sociais, presentes no ordenamento jurídico e vigentes em sociedade. Isto ocorre porque se reconhece na espécie a incidência do chamado princípio da insignificância, obstando a subsunção mecânica, autômata e *algébrica* do fato ao disposto no art. 155, “caput”, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, que poderia não soar como razoável, afetando o senso do justo inerente ao Direito. Nesse sentido, a ementa:

³³ A expressão é de MAXILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 59.

³⁴ Em 1997, o enxadrista Garry Kasparov disputou partidas contra o supercomputador da IBM, conhecido como “Deep Blue”. Na ocasião, a máquina venceu o homem. Posteriormente, foi constatado que a jogada que desencadeou a vitória do computador, não passou de uma falha no sistema computacional. Para mais detalhes (SILVER, Nate. **The Signal and the Noise: Why So Many Predictions Fail — but Some Don't**. New York: The Penguin Press, 2002.

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES CONSIDERADO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. VALOR ÍNFIMO DA RES FURTIVA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A conduta imputada ao Paciente – tentativa de furto de uma peça de picanha, com peso de 1,3 kg (um quilograma e trezentos grammas), avaliada em R\$ 24,00 – insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. Precedentes. 2. O furto não lesionou o bem jurídico tutelado pelo ordenamento positivo, excluindo a tipicidade penal, dado o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o mínimo desvalor da ação e o fato não ter causado maiores consequências danosas. 3. Habeas corpus concedido para absolver o Paciente. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – HC nº 250.574/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/12/2012).

Outro aspecto que deve ficar claro no julgado citado é o fato de que os julgadores do Superior Tribunal de Justiça não tomaram por base verdades pessoais e particulares; noções subjetivas e, portanto, relativistas de Justiça. Ao contrário, alicerçaram seu entendimento em premissas universais e generalizantes; consistentes e coerentes. Apontaram, inclusive, porque no caso em questão se justificava a aplicação do princípio da insignificância, o que não abala a segurança jurídica. Ao revés, firma-se como forte sinalizador para nova aplicação do princípio da insignificância em casos futuros, desde que presentes certos pressupostos, o que os Romanos já sabiam de longa data, conforme se extrai do brocardo: “*ubi eadem ratio, ubi eadem jus*” (“*onde houver a mesma razão, haverá o mesmo direito*”).

Como se observa, não se está aqui a defender um relativismo jurídico. Está, sim, a defender a interpretação e aplicação do Direito de maneira subjetiva – eis que esta lhe é ínsita –. Todavia, isto deve ocorrer do modo mais objetivo possível, o que, s.m.j., afigura-se razoável, eis que passível de concretização.

Mas o que vem a ser razoabilidade? Precisamente: o que vem a ser a razoabilidade na decisão judicial?

Em sentido informal, razoável é palavra ambígua. De modo geral, expressa algo coerente, adequado, congruente, sensato, compatível com a

realidade subjacente.³⁵ Ou seja, algo que faça sentido; que traga implícito consigo a marca da razão, daí por que tem como pressuposto sua inteligibilidade. Afinal, não há como aceitar algo como razoável se não for possível aferir suas contingências, circunstâncias, peculiaridades e justificativas.

Em sentido jurídico, a razoabilidade está ligada ao princípio da proporcionalidade, conforme entende Luís Roberto Barroso: “*razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis*”.³⁶

O próprio Barroso, no entanto, deixa claro, na mesma obra, que proporcionalidade e razoabilidade têm origens distintas. Segundo o constitucionalista:

A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do princípio do devido processo legal substantivo. (...) Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado.³⁷

Humberto Ávila, a princípio, diverge desta afinidade entre proporcionalidade e razoabilidade. Veja o que ele diz:

Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.³⁸

³⁵ Seguindo diretriz similar, Antônio José Calhau Resende: “A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”. (RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. *Revista do Legislativo*. Abril, 2009).

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

³⁷ Idem.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 162.

Por outras palavras, na proporcionalidade há uma “*relação de causalidade*”, entre “*meios*” e “*fins*”, ao passo que na razoabilidade há uma “*relação de equivalência*” entre “*critério*” e “*medida*”.³⁹

Mais adiante, porém, o autor gaúcho acaba aderindo a esta inter-relação entre proporcionalidade e razoabilidade, ao afirmar: “*é plausível enquadrar a proibição d excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito*”.⁴⁰

Não obstante este último registro, o que importa, nesta sede, é levar a noção de razoabilidade como relação de equivalência, isto é, saber se os critérios adotados para solução do caso em determinada decisão judicial são compatíveis, juridicamente aceitáveis, com a medida levada a efeito.

Por este prisma, será razoável juridicamente a decisão judicial (medida) que esteja a apoiada bases firmes estipuladas em conformidade com a Ciência do Direito. Desta forma, as noções de Justiça e Direito, como de Direito e Ciência do Direito estão unidas indissolúvelmente. Dito de outro modo: o Direito busca a Justiça, que, por sua vez, deve se realizar de acordo com o Direito. Lembre-se que Direito não se confunde com lei, e Justiça é algo além de meras convicções pessoais.

Tendo em isto presente, para atingir esse fim – o “*justo concreto*”⁴¹; a razoabilidade jurídica – a Ciência do Direito fornece uma série de critérios, tanto interpretativos, como argumentativos que devem se fazer presentes nas decisões judiciais para que estas possam ser consideradas razoáveis.

No que alude à hermenêutica jurídica, destacam-se contribuições de Ronald Dworkin, Georges Kalinowski, Riccardo Guastini, Emílio Betti, Toulmin, Andrei Marmor, Hans-Georg Gadamer, Giovanni Tarello, Roberto Verengo, Eros Grau, Inocêncio Mártires Coelho ou Lênio Streck. No âmbito da argumentação jurídica podem ser lembrados Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Neil McCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Klaus Günther.⁴²

Nesta mesma linha de análise, pode ser lembrada, ainda, a lógica e a semiótica jurídicas. A primeira, seja em suas dimensões alética, deôntica ou paraconsistente, ao fornecer critérios para se estruturar e organizar ideias e argumentos fático-jurídicos. A segunda, com ênfase na linguagem linguística, em seus níveis sintático, semântico e pragmático, viabiliza

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ A expressão é de NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 141.

⁴² Sobre argumentação jurídica, recomenda-se a obra de ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e a argumentação no atual estado democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

uma significação de fatos e de direito, de modo transparente e apoiada em códigos fortes.

Estes aspectos permitem que se preencha, com rigor, o disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, que exige que toda decisão judicial seja fundamentada.

Somente com a existência de critérios, pré-definidos pela Ciência do Direito, será possível examinar, checar, testar, falsear a decisão judicial para se saber se ela pode ser considerada razoável. Somente com a presença destes critérios, é que se poderá examinar as premissas fáticas e jurídicas levadas a cabo pelo julgador para se aferir sua razoabilidade.

Em suma, se, por um lado, o Direito não pode prescindir da busca de uma solução justa (leia-se: razoável); por outro, não pode dispensar os critérios fornecidos pela Ciência do Direito para atingimento deste ideal. Direito e Ciência, bem como Direito e Justiça devem caminhar juntos, a partir de parâmetros não milimétricos, nem como certezas absolutas, mas dotados de razoabilidade; razoabilidade jurídica.

Não se visa, aqui, expor minuciosamente quais são estes critérios, mas apenas destacar que eles existem e se destinam tanto ao uso do intérprete e aplicador do Direito, como aos destinatários e interessados em conhecer os motivos da decisão. A razoabilidade deve ser aferida, portanto, a partir destes critérios, nos limites do humano e do possível.

5. CONCLUSÕES

Do desenvolvimento do tema, foram extraídas as seguintes conclusões:

1. Ronald Dworkin, a partir da obra *Taking Rights Seriously*, publicada em meados da década de 1970, passou a defender a ideia da existência de apenas uma só resposta correta (“*one right answer*”) para um único caso judicial. Na ocasião, seu objetivo era combater o pensamento de H. L. A Hart que afirmava que, no positivismo jurídico, diante da textura aberta da norma jurídica (“*open texture of Law*”), e da impossibilidade da lei regular todas as situações jurídicas passíveis de ocorrer em sociedade, em certos casos, o juiz poderia agir com discricionariedade, além de que poderia haver mais de uma solução jurídica para o mesmo caso.

2. Apesar do esforço empreendido por Ronald Dworkin e da importância de sua obra no combate ao relativismo jurídico, o que fez com base em quatro premissas (*única resposta correta, romance em cadeia, juiz*

Hércules e o Direito como integridade), é fato que pode existir além de uma solução juridicamente correta para um mesmo caso. Aliás, isto ocorre diariamente nos Tribunais.

3. A busca por uma decisão judicial exata, precisa, matemática não deve ser o objetivo. Uma pesquisa atenta revela que isto nem sempre é possível na própria matemática, apesar de sua linguagem artificial e do elevadíssimo grau de abstração. Um dos exemplos em que isto ocorre é a quadratura do círculo, que não pode ser realizada por ser π um número irracional e transcendente (não algébrico). Logo, se nem na matemática há possibilidade de se estabelecer soluções exatas para todos seus problemas, o que dizer no Direito, cujos fatores de interação com a realidade são muito mais amplos e imprevisíveis.

4. A busca, a meta, o alvo não deve, pois, consistir em buscar uma só resposta correta para os mesmos casos jurídicos. Deve, diante das limitações humanas e da multiplicidade de aspectos que interagem no Direito, ser pela razoabilidade da decisão judicial.

5. A razoabilidade da decisão judicial deve ser aferida a partir de critérios rigorosos fornecidos pela Ciência do Direito. Isto têm por fim evitar decisões de cunho eminentemente subjetivista e que possam afetar a segurança jurídica, uma das pilstras do Direito. Nesta conformidade, a interpretação e aplicação do Direito devem ser realizadas com subjetividade, entretanto do modo mais objetivo possível, nos limites do realizável e do razoável.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e a argumentação no atual estado democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUCKINGHAM, Will; *et. al.*. **The philosophy book**. New York: DK, 2011.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

_____. **Justice in robes**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HOBBS, Thomas. **Elementos de Filosofia**. Primeira Seção. Sobre o Corpo. Parte I. Campinas: IFCH/Unicamp, 2005.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

KELSEN, HANS. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMOR, Andrei. **The pragmatics of legal language**. USC Legal Studies Research, Paper n. 8. 11/may.

MAXILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009.

SICHES, Luíz Recásens. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVER, Nate. **The signal and the noise: why so many predictions fail — but some don't**. New York: The Penguin Press, 2002.

VENDEMIATTI, Aloísio Daniel. **A quadratura do círculo e a gênese do número π** . Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009.

KARIN KÄSSMAYER

Professora de Direito Ambiental da UFPR, FAE
e EMAP. Mestre em Direito Socioambiental
pela PUCPR e Doutora em Meio Ambiente e
Desenvolvimento pela UFPR. Advogada.

Direito e dever
fundamental ao
meio ambiente
e o mínimo
essencial
ambiental:
apontamentos
sobre o Art. 225
da Constituição
Federal

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado expresso pelo artigo 225 da Constituição Federal representa um dos pilares do Estado Constitucional Brasileiro, já que o meio ambiente é pressuposto e essencial à sadia qualidade de vida e base integrante da dignidade humana.

Muito embora a consagração do direito ao meio ambiente como direito fundamental seja um tema pacificado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, discute-se o alcance deste enunciado, no sentido de ser uma norma que possa ou não atribuir um direito subjetivo ao meio ambiente. Parte-se, portanto, das reflexões de Ney de Barros Bello Filho¹ para analisar o dispositivo constitucional (art. 225), o que leva a uma primeira conclusão, introdutória, de que são atribuídos direitos apenas *prima facie*, sendo necessária a fixação de seus conteúdos, que será realizada concretamente como resultado de uma colisão com outros princípios que ajam em sentido contrário.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 dispensou um tratamento jurídico-constitucional à proteção do meio ambiente que estabelece deveres fundamentais, enunciados ao Estado e aos particulares, estando-se a tratar da perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nas palavras de Hesse “os direitos fundamentais não podem existir sem deveres.”²

Daí o interesse deste breve estudo: refletir sobre a relatividade deste núcleo essencial a partir de concepções acerca da valoração moral da natureza trazida por diversas concepções da ética ambiental. Afinal, tanto a dogmática jurídica quanto a ética ambiental se deparam com as questões “O que se protege?”, “Por que se protege?” e “Como se protege?”. Em paralelo, a discussão estará permeada da análise dos deveres ambientais.

2. DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

Ney de Barros Bello Filho³ afirma que “os direitos fundamentais são categorias dogmáticas e, além disso, garantias contramajoritárias”. Neste estudo, o autor traz como ponto de partida a necessidade de uma dogmática

¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

² HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, p. 21. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: RT, 2012. p. 135.

³ BELLO FILHO, op. cit., p. 11.

jurídica garantir a certeza do próprio direito e a estabilidade do conhecimento, mesmo sob uma base social caracterizada pela incerteza e pela insegurança dos tempos atuais.

Os conflitos ambientais, por sua vez, decorrem de uma crescente preocupação com a preservação ambiental e do desafio em harmonizá-lo com os direitos individuais de liberdade e de propriedade. Certamente, novos valores são determinados pela sociedade vindo a exigir normas jurídicas diante do fato social “crise ambiental”.⁴

A sociedade consolidou a consciência moral sobre a conduta do homem com o mundo natural que o acolhe. O dever da humanidade em modificar o seu comportamento perante o mundo natural é urgente. Os debates envolvem, nesta seara, desde a reflexão moral que deve ampliar seus horizontes incorporando ao seu repertório a conduta do homem em relação à natureza, além de discutir novos recursos teóricos, procedentes da filosofia da natureza, da biologia e da ecologia e a necessária e urgente revisão do antropocentrismo, aceito como pressuposto e suporte dos sistemas morais vigentes no Ocidente.⁵

O cenário de destruição e ameaça ao meio ambiente traz para a Filosofia e para o sistema jurídico questionamentos sobre o valor da natureza, o sentido do progresso científico e a necessidade da criação de um novo paradigma moral, no qual o autor principal deixa de ser o homem e passa a ser a natureza. O fundamento da ação preventiva em prol do meio ambiente dá início ao questionamento da dimensão moral a ser atribuída à natureza, a ponto de se justificar uma atuação ética em seu benefício. “A crise ecológica acende uma nova luz sobre a herança da modernidade e suas patologias”.⁶

Este novo agir atrelado ao “relacionar-se” com o meio ambiente suscita questões de ordem da moral aplicada que cria um modelo de ética ambiental e coloca em xeque a práxis econômica racional e realista. Até então, o ato de dominar a natureza significou o triunfo do homem que a deslocou de suas próprias leis de desenvolvimento para configurá-la segundo espaços e tempos regulados por leis de racionalidade geométrica, inspirando arquitetos, urbanistas e juristas, que transformaram seus produtos em leis do mercado. Triunfou o *homo technicus*, que nos dois últimos

⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 507-510.

⁵ GOMES-HERAS, José Maria G. Presentación. In: GOMES-HERAS, José Maria G. (coord.) **Ética del medio ambiente: problema, perspectivas, historias**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 9 -10.

⁶ GOMES-HERAS, José Maria G. El problema de una ética del “medio ambiente”. In: GOMES-HERAS, José Maria G. (Coord.) **Ética del medio ambiente: problema, perspectivas, historias**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 23.

séculos explorou os recursos naturais, organizou os seus espaços e manipulou os seus fenômenos.⁷

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, como dito, consagra o direito ao ambiente sadio e ecologicamente como um direito fundamental, o que significa, para Ney de Barros Bello Filho “vê-lo como um categoria dogmática a partir do reconhecimento de um enunciado normativo e de uma norma de matriz constitucional”.⁸ Além de um bem protegido constitucionalmente, o autor afirma que se está diante de uma norma de natureza jurídica constitucional não meramente programática ou dirigente, mas de um enunciado normativo de direito fundamental que contém uma norma de direito fundamental atributivo de um direito subjetivo.⁹ Assim, o enunciado normativo não emite um mero *standard* jurídico ou exortação moral; mero valor ou programa futuro de força duvidosa¹⁰, mas uma norma de direito fundamental, diante de critérios formais e materiais, pois embora topograficamente não esteja inserida nos artigos 5º a 7º da Constituição, atribui direitos fundamentais e decorre dos princípios constitucionais (tais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade). A consequência é que “irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, além de trabalharem como garantias contramajoritárias.”¹¹

Aí reside a problemática deste estudo. Se por um lado este direito fundamental implica uma série de efeitos - principalmente direcionados ao dever de atuação do Estado - por outro, tais normas “atribuem direitos apenas *prima facie* e têm a necessidade de serem fixados seus conteúdos e realizadas concretamente como resultado de uma colisão com outros princípios que ajam em sentido contrário”, conforme elucida Bello Filho.¹² As

⁷ Como dominador do cosmos, criador do saber científico e do instrumental tecnológico, descreve Gomes-Heras em seu texto *Presentación*, as características do poder do homem perante a natureza, que frente à vontade como “poder” se situa a natureza reduzida a mera objeto, estranha ao homem e vazia de qualidade ontológica e axiológica, mediante um processo de desencantamento imposto pelo antropocentrismo da cultura ocidental. Tal antropocentrismo, através de procedimentos de desmistificação do pensamento clássico grego, de historicização da existência humana no Cristianismo e da formalização matemática do cosmos durante a modernidade, havia subtraído todo o suporte ontológico para que a natureza pudesse ser descoberta como sujeito de direitos e suporte de valores.

⁸ BELLO FILHO, op. cit., p. 16.

⁹ Nesta obra, BELLO FILHO (2012) traz uma interessante interpretação e análise do direito ao meio ambiente como direito fundamental, expondo argumentos dogmáticos que conduzem à conclusão de que se está a tratar de uma norma de direito fundamental que gera efeitos objetivos (justificando deveres ambientais) e atributiva de direitos subjetivos fundamentais ao meio ambiente e, portanto, judicializável, “sem a necessidade de atribuição infraconstitucional de uma posição jurídica correspondente a uma obrigação contraposta.”

¹⁰ BELLO FILHO, op. cit., p. 23.

¹¹ *Ibid.*, p. 41.

¹² *Ibid.*, p. 61.

restrições a que estão sujeitos os direitos fundamentais decorrem da coexistência de outros princípios opostos, gerando uma colisão que resultará no direito definitivo.

Na perspectiva da análise dos deveres fundamentais, parte-se da mesma premissa. Muito embora a temática dos “deveres fundamentais” tenha permanecido esquecida, tal fato é consequência de uma exacerbação de teorias sobre direitos fundamentais e decorre da própria configuração histórica do nosso Estado de Direito. Conforme Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer¹³,

Nesse sentido, Vieira de Andrade justifica a “hipertrofia” dos *direitos subjetivos* em face dos *deveres* como resultado da conformação do Estado Liberal, já que este último consubstanciava um momento histórico de afirmação dos valores pessoais e individuais contra o arbítrio e a opressão do poder estatal diante das constantes ameaças perpetradas contra a liberdade individual.

Em que pese tal hipertrofia, a realidade constitucional brasileira é outra. O art. 225 elenca o meio ambiente ecologicamente equilibrado não apenas como um direito fundamental, mas também como um dever, qualificando-se este como solidário, ou seja, imputando responsabilidade ao Estado e à coletividade.

Algumas consequências surgem da teorização dos deveres fundamentais, a iniciar-se com o questionamento acerca da existência de colisão entre deveres fundamentais, o que fundamenta-se como possível. Ainda, os efeitos práticos da legitimação de deveres fundamentais, a exemplo de fundamentar-se uma proibição de violação do dever de uma melhoria progressiva da qualidade ambiental pela legislação infraconstitucional. Ainda, a transformação de princípios em deveres, e sua implicação, a exemplo do dever de precaução, dever de restauração, dever de prevenção. Por fim, se a cláusula geral de dever de proteção ambiental seria autoaplicável ou se demandaria uma pormenorização dos deveres através de leis específicas.

Assim, da mesma forma que houve a transformação da perspectiva do homem perante a natureza, o que levou à colisão de duas visões de mundos, a partir da valoração do meio ambiente como bem jurídico constitucional, colidem o direito à propriedade e o direito de liberdade com o direito *prima facie* ao ambiente ecologicamente equilibrado. Igualmente,

¹³ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 136.

podem colidir deveres, tais como o dever de proteger o meio ambiente e o dever de garantir moradia digna a todos. Isso resulta na necessária atividade de ponderação a partir da proporcionalidade. Conclui Bello Filho que

Ter um direito *prima facie* ao ambiente não representa poder opor este direito a todas as manifestações do direito fundamental à propriedade ou ao direito fundamental à liberdade de investigação científica e ter a certeza de que o âmbito de proteção do bem jurídico vai corresponder ao âmbito de garantia efetiva. O direito fundamental ao meio ambiente aplicável ao caso concreto vai nascer da ponderação entre os princípios constitucionais ambientais e demais princípios constitucionais que jogam no sentido de legitimar juridicamente atividades poluentes.¹⁴

Diante da restrição que fará surgir o direito concreto, conclui o autor que há limites cuja função é garantir a realização de um *mínimo essencial* a fim de não colocar em causa a normatividade do art. 225 da Constituição. Todavia, haverá relatividade em seu núcleo essencial a depender da relativização que demande o caso concreto.

Portanto, em que pese a proteção e garantia asseguradas do mínimo essencial, desconhe-se tal conteúdo. Assim, buscar-se-á trazer algumas posições da ética ambiental que igualmente se deparam com dilemas semelhantes, para auxiliar nesta reflexão.

3. A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE NATUREZA PARA A ÉTICA AMBIENTAL

Conforme dito, aos poucos a proteção ao meio ambiente passou a ser destaque na agenda política, além de representar, junto com outras questões, um ponto de inflexão na ética tradicional.¹⁵ O meio ambiente como

¹⁴ BELLO FILHO, op. cit., p. 65.

¹⁵ A ética tradicional, na visão de Sterba (2001), possui três importantes desafios: o ambientalismo, o feminismo e o multiculturalismo. O ambientalismo afirma que a ética tradicional possui um viés humano e pretende corrigi-lo, o feminismo afirma possuir a ética um viés masculino e o multiculturalismo, um viés ocidental. Para este autor, a ética tradicional falhou ao procurar solucionar estes problemas, colocando-a em questionamento. Assim, em seu capítulo introdutório, descreve os três problemas principais na ética tradicional: o relativismo, a racionalidade (se a moral é racionalmente requerida) e a questão dos requerimentos práticos.

bem essencial à vida humana e às futuras gerações levou ao desenvolvimento de estudos consagrados que diagnosticam a crise ambiental e o risco advindo de catástrofes ambientais, originárias da perversão imanente da racionalidade neutra.¹⁶ Com a acumulação dos danos, a aceleração do tempo, dos meios técnicos e suas desconhecidas profundezas, a destruição ambiental se expande a uma ordem global, que clama por respostas, conforme Otfried Höffe.¹⁷ O agir moral para com o meio ambiente estende-se ao campo da moralidade política, constituindo-se, em paralelo, um novo princípio para a ordem jurídica. A ética ambiental surge, então, como pólo oposto às intervenções negativas da ação humana diretamente na natureza, com a finalidade de protegê-la e conservá-la, sob os auspícios de um interesse intergeracional.¹⁸ ¹⁹

Em outras palavras, questiona-se se há uma responsabilidade direta e exclusiva para com a natureza, devido à relevância moral a ela destinada, de modo a não vincular à vida e à sobrevivência do homem. Esta questão é o ponto de partida para o debate da saturação (ou não) do viés antropocêntrico, já que ao argumentar que a ação moral (ética) considera a ação

¹⁶ BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**: Antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure Editorial, 1998.

¹⁷ HÖFFE, Otfried. **Moral als Preis der Moderne**. Ein Versuch über Wissenschaft, Technik und Umwelt. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, p. 115.

¹⁸ De acordo com Krebs (1997, p. 339), a ética filosófica subdivide-se em duas subdisciplinas: a ética eudemonística e a filosofia moral. Enquanto aquela se atém à concepção da boa vida, esta se concentra na ação moral, na fundamentação da consideração para com a vida alheia. Neste sentido, ao se questionar sobre a correta relação homem-natureza, sob o ponto de vista eudemonístico, será questionada até que ponto a natureza contribui para a boa vida do homem, para a felicidade, e ao se questionar se a ação moral compreende o interesse dos homens ou se leva em consideração à Natureza, está a se tratar do valor moral da Natureza, ou seja, do viés da filosofia moral.

¹⁹ Meyer aponta duas motivações para a proteção da natureza: as finalidades globais (tais como a proteção da segurança de grandes ecossistemas) e as locais (a proteção da natureza de um país, por exemplo, a atenção voltada a uma espécie animal). Neste viés, diferencia o autor cinco objetivos quando da proteção ao meio ambiente, dentre os quais a proteção de espécies (especificando que nos anos 70 a IUCN compilou um livro com todas as espécies ameaçadas de extinção) e proteção do solo – Flächenschutz - (paisagem e natureza intocada). Como critério para a proteção da natureza, apresenta o autor a naturalidade (Natürlichkeit), pressupondo a proteção do que for natural, o que for genuíno, mas havendo a dificuldade em se definir o que se compreende por natural. Uma definição seria “aquilo que o homem ainda não influenciou” (p. 31). Todavia, a dificuldade está em se encontrar um ecossistema não influenciado ou modificado pelo homem. Trata, então, dos critérios de naturalidade, ou seja, da possibilidade de áreas serem mais “naturais” que outras e, por este motivo, merecerem mais proteção. O critério da raridade e da ameaça identifica as espécies ameaçadas de extinção, classificando o perigo em local ou global. Se há um perigo local, há ameaça de populações específicas na região. Quanto ao critério de ameaça, o autor fala que este entra em conflito com outros, como o da naturalidade, uma vez que um ambiente artificial pode auxiliar na contenção da ameaça. O critério da biodiversidade é analisado como fim e como meio de proteção. Neste caso, a espécies ameaçadas, por exemplo. Mas este igualmente leva a contradições, pois um ambiente poluído pode muitas vezes conter mais biodiversidade de algas e bactérias do que um ambiente sem poluição. A unicidade (Eigenart), apesar de ser um critério de difícil definição, encontra-se como fundamento na lei alemã ambiental, em seu parágrafo primeiro. Geralmente a intenção é a de proteger uma paisagem que não foi alterada há tempos e acaba por criar uma identidade própria. A idade é outro critério utilizado pelo autor. (MEYER, Kirsten. **Der Wert der Natur**: Begründungsvielfalt im Naturschutz. Mentis: Paderborn, 2003. p. 23-41).

do homem consigo mesmo ou com respeito a seus semelhantes, torna-se difícil fundamentar um novo paradigma ético biocêntrico. Tal reflexão é igualmente importante para a dogmática jurídica, ao se deparar com o bem jurídico protegido pelo art. 225 e, principalmente, para a discussão acerca da atribuição de direitos aos seres não humanos.

Birnbacher²⁰ entende ser impossível, através de normas deontológicas, fundamentar uma moral que tenha a natureza como um fim em si mesma. Se as normas deontológicas visam proteger os valores da moral, o fim em si mesmo seria sempre a perfeição moral do homem, nunca a natureza extra-humana. A natureza somente será um fim em si mesma sob o quadro de uma ética teleológica, que se retrate a fatores extramoriais.

Portanto, um dos pressupostos para a compreensão da ética ambiental é a delimitação *do conceito de natureza ou meio ambiente e a relevância moral a ela concebida*. Tal questão é ao mesmo tempo importante para a dogmática jurídica, eis que o núcleo ou mínimo essencial do bem jurídico tutelado será o delimitador para que não ocorra a violação à normatividade do art. 225 da CF. Em suma, questiona-se o alcance ou a delimitação do conceito de meio ambiente, ou, em outras palavras, o que se está a proteger.

Nas correntes da ética ambiental, há teorias focadas na ação moral apenas em relação a certas formas de vida, como os seres sensíveis ou seres dotados de experiência de vida.²¹ A depender do que se compreenda por natureza relevante à moral, surgem tendências éticas, tais como a que considera o princípio fisiocêntrico - ao conceder valor intrínseco aos indivíduos naturais, na maior parte também coletividades naturais como biotipos, ecossistemas, paisagens - ou o biocêntrico, cujo enfoque está apenas nos seres com vida, sejam individuais e coletivos.

O conceito de natureza, portanto, é pressuposto básico para a o estudo da ética ambiental. Krebs²², partindo do estudo etimológico da natureza, afirma que este corresponde a tudo aquilo não realizado pelo homem, tendo como sentido contrário os artefatos. Entretanto, não há uma natureza pura ou intocada. Ao existirem dois pólos, a natureza pura e o artefato

²⁰ BIRNBACHER, Dieter. **Natürlichkeit**. Berlin: Walter De Gruyter, 2006. p. 115-117.

²¹ Vide as teorias Singer (utilitarismo ambiental) e Reagan (ambientalismo kantiano), que fundamentam a ação ética respectivamente para com os seres sensíveis - sentient beings - ou para com os sujeitos com noção de vida - experiencing subjects of live. (STERBA, James P. **Three challenges to ethics: environmentalism, feminism and multiculturalism**. New York: Oxford, 2001. p. 29).

²² KREBS, Angelika. Naturethik im Überblick. In: KREBS, Angelika (Hrsg.) **Naturethik: Grundtexte der gegenwärtige tier- und ökoethischen Diskussion**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p. 340.

como produto do trabalho humano, encontram-se em seu meio termo uma série de gradações. Neste aspecto, há um obstáculo à formulação de uma ética ambiental, justamente por esta necessitar de um objeto definido, de um conceito de natureza, o qual geralmente é formulado como “aquilo no nosso mundo, que não foi objeto de feitura pelo homem.”²³ Para a dogmática jurídica, o obstáculo encontra-se, igualmente, na ponderação entre os excessos de intervenção no meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proibição de uma prestação deficiente, ou seja, na ponderação entre princípios constitucionais ambientais e demais princípios constitucionais a fim de tutelar o meio ambiente qualificado como *ecologicamente equilibrado*.

Birnbacher²⁴ constrói sua tese com base na ideia de “naturalidade” (Natürlichkeit), como contraposição à “artificialidade” (Künstlichkeit). Esta diferenciação é importante para a compreensão do conceito de natureza. Ao buscar distinguir o que é natural (naturalidade) do artificial (artificialidade) assevera que, ao se deparar com espécies, classificadas como humanas ou não humanas, há uma separação total entre os polos por não se ter atingido o meio termo entre o homem e o não homem. Sob esta perspectiva, há como classificar e distinguir sem dificuldades o homem de um ser não humano.²⁵ Esta análise é contundente, pois a moral, na ética ambiental, tende a ser ampliada ao ser não humano.

Por outro lado, levada em conta a diferenciação entre naturalidade ou artificialidade de objetos, não haverá uma precisão na resposta, pois somente é possível afirmar se algo é “mais” ou “menos” natural ou artificial, em razão do amplo campo intermediário com o qual se identificam os objetos. A exemplo de uma paisagem já transformada devido ao uso do solo ou a construção de um reservatório, pergunta-se se estes ambientes são naturais ou artificiais em que medida carecem de proteção, cf. Birnbacher.^{26, 27}

Esta análise se justifica pelo modo como os homens se orientam no mundo. Dentre as principais diferenciações da ética, há a realizada entre as espécies, ou seja, se o objeto de análise pertence à espécie humana ou não, sem deixar de considerar a diferenciação - também fundamental para a orientação no mundo - entre aquilo que foi objeto de alteração humana e aquilo que é e sempre foi da forma que se encontra, sem a intervenção

²³ Idem.

²⁴ BIRNBACHER, op. cit., p. 1-6.

²⁵ Esta diferenciação entre o homem, ou o humano, e o não humano é de interesse principalmente da bioética.

²⁶ BIRNBACHER, op. cit., p. 4.

²⁷ Segundo o autor, hoje a discussão entre o que é naturalidade e artificialidade possui um papel de fundamental importância na ética prática e na moral diária. (BIRNBACHER, op. cit., p. 21-22).

do homem. Em outras palavras, entre o que se “tornou” (*Gewordenen*) e o que “foi feito” (*Gemachten*)²⁸. O homem necessita dos recursos naturais e, enquanto prescindir de processos metabólicos com o meio ambiente, irá continuar a alterá-lo.²⁹

Partindo desta diferenciação, o autor categoriza a naturalidade e a artificialidade, cada uma, em duas dimensões: a genética e a qualitativa. O sentido genético define o objeto como aquele que tem sua origem natural e o qualitativo, a atual natureza da coisa, a atual forma de sua aparência.³⁰ Para avaliar a naturalidade, é necessário avaliar o seu histórico, reconstruir sua gênese ou sua origem. Deste modo, se algo for natural geneticamente, será igualmente natural em sua aparência, qualitativamente. Mas o objeto pode ser qualitativamente natural (ter a aparência, forma natural), mas em seu sentido genético não ser natural, mas sim, artificial (a exemplo de algum aroma ou uma flor artificial).

A importância nesta discussão está em contradizer a ideia da existência de uma natureza intocada, não modificada pelo homem e acentuar o fato de que há a possibilidade de remodelar, de refazer o natural, de compensar uma perda da naturalidade através de uma possível reparação ou reposição do dano, moralmente aceita, o que, trazido para a dogmática jurídica, representaria a atividade da ponderação a partir da realização do princípio da proporcionalidade, harmonizando os princípios constitucionais sem atingir a normatividade do art. 225 da CF.

A ideia de naturalidade é igualmente relevante, uma vez que pode ser compreendida como norma (sentido deontico) nos quais os argumentos se fundem aos princípios da ação, os quais prescrevem ou sugerem um comportamento humano. Pode ser compreendida como valor (sentido axiológico), e neste postulam-se determinadas situações ou condições do mundo como valoradas, desejáveis ou conserváveis. Como norma, postula juízos de dever e, como valor, não indica a ação, mas o conhecimento dos valores, ou a ciência dos valores. A diferença está na regulamentação direta ou indireta do comportamento. Postulados de valor sozinhos não fundamentam deveres por meio do qual um comportamento será proibido ou imposto, recomendado ou desaconselhado, já que, para fundamentá-los, necessita-se de outras premissas. Em contrapartida, os postulados de

²⁸ Ibid., p. 16.

²⁹ Afirma Birnbacher (p. 60, tradução nossa) que a natureza é, no desenvolvimento e prática da técnica, não o ator, que firma com o homem uma aliança para benefícios mútuos, mas um objetivo passivo de manipulação humana.

³⁰ Ibid., p. 3.

argumentos em sentido deontico implicam diretamente juízos de dever.³¹

Há, ainda, a diferenciação entre argumentos naturalísticos em sentido axiológico quando da naturalidade em sentido genético ou em sentido qualitativo. A naturalidade em sentido genético somente por ser conquistada por meio de uma omissão, de um não agir, do ato de conservar, e não de forma ativa, pois o homem não tem o poder de agir de forma a gerá-la. Os deveres serão de omissão e “por este motivo derivam do reconhecimento da naturalidade em sentido genético normas de inviolabilidade e indisponibilidade.”³²

Em sentido qualitativo, por outro lado, há um espaço muito maior concedido à ação. Os deveres de omissão não serão os mais importantes, pois se houver uma perda, será necessária a sua reconstrução e reparação. A justificativa desta posição é que não se está a valorar a gênese, a autenticidade, a identidade do objeto, mas suas características externas.

Para o autor, uma norma regulamentadora da naturalidade em sentido genético não necessita ser formulada em sentido tão rigoroso, de forma que ela proíba toda e qualquer intervenção. Da mesma forma como a naturalidade possui gradações (algo está mais próximo da naturalidade pura ou não), também podem as normas se diferenciarem, a exemplo do replantio de uma floresta.³³ A pergunta a se fazer, no momento de elaboração da norma limitadora do direito ao meio ambiente ou da colisão entre direitos, por exemplo, seria a definição dos limites e dos âmbitos de atuação nos quais estes tipos de argumentos de naturalidade sejam plausíveis. A partir desta diferenciação, é possível questionar se a ética ambiental e o ordenamento jurídico possuem como objeto a natureza intocada ou a natureza manipulada, sendo também possível o questionamento acerca do objeto de proteção: se a natureza originária ou a natureza em sua forma qualitativa, hoje forma predominante.

Com base nestes questionamentos, é possível traçar um paralelo entre os questionamentos que levam ao conteúdo essencial do que é valorado pela ação moral e o conteúdo e alcance do bem jurídico tutelado constitucionalmente “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

³¹ BIRNBACHER, op. cit., p. 39.

³² Idem. - Tradução nossa.

³³ BIRNBACHER, op. cit., p. 40.

4. DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE ÉTICA E DIREITO AMBIENTAL

Krebs³⁴, apresenta um panorama geral das posições defendidas por filósofos morais na formulação de uma ética ambiental, em particular quanto às diferenças a respeito do valor moral concedido à natureza.

Sob o ponto de vista da ética eudamonística, questiona-se em qual medida a natureza contribui para a boa vida do homem e sob a perspectiva da filosofia moral, se a ação moral com relação à natureza considera o interesse dos próprios homens ou o interesse da natureza. Desta perspectiva surgem duas outras posições: ou se aceita a concepção antropocêntrica – segundo a qual o homem descreve o mundo sob a perspectiva de seus interesses e atribui um valor instrumental à natureza como recurso – ou a ecocêntrica (também usualmente denominada fisiocêntrica), a qual, resumidamente, concede um valor próprio à natureza (natureza como fim em si mesma) e busca ultrapassar as fronteiras da visão antropocêntrica, fazendo emergir uma nova ética, a ética da natureza.³⁵

O antropocentrismo compreende parte da concepção da moral segundo a qual somente o homem é capaz de realizar atos morais e somente ele pode ser sujeito de direitos, obrigações e responsabilidades. Sua legitimidade, garantida pela razão e poder de liberdade de vontade (próprias à espécie humana), também se expressa em fenômenos culturais, tais como a linguagem, a liberdade de decisão, o conhecimento científico, o desenvolvimento e o uso da técnica, a reciprocidade de deveres e obrigações e, principalmente, mas não exclusivamente, a habilidade em perceber valores morais nos comportamentos alheios e adequar a própria conduta a um determinado tipo de racionalidade. Por consequência, somente o homem será sujeito moral.³⁶

Um dos principais argumentos é o das “necessidades básicas” (*basic-needs-argument*). Grosso modo, este argumento possui dois fundamentos: o interesse próprio e a consideração moral à boa vida de outros homens, incluindo as

³⁴ KREBS, op. cit. Utilizar-se-á principalmente o esquema realizado pela citada autora no que diz respeito à diferenciação das tendências filosóficas da ética ambiental. Mas não serão transcritas todas as dimensões apresentadas pela autora, apenas as mais importantes para o presente trabalho. Faz-se necessário explicar que pelo fato de termos optado em realizar esta análise sistemática das diversas tendências da ética em relação ao meio ambiente com base no artigo de Krebs (1997), isto não significa que seguimos o seu posicionamento quanto à temática. Iremos, de mais a mais, complementar as explicações com outros posicionamentos teóricos.

³⁵ Vide, neste sentido MEYER, op. cit., (cap. 6).

³⁶ GOMES-HERAS, **El problema**, op. cit., p. 45.

futuras gerações. Como os homens necessitam de alimentos, moradia e saúde e como os pressupostos para estas necessidades se encontram na natureza, estando esta em perigo, automaticamente estarão os homens em um estado de vulnerabilidade. A partir daí fundamenta-se a proteção e a prevenção aos riscos. Krebs³⁷ apresenta motivos pelos quais este argumento não obteve um êxito absoluto: em primeiro lugar, faltam aos homens instintos biológicos, que lhes confira capacidade de perceber o perigo, sendo esta lacuna compensável com a racionalidade. Em segundo lugar, grande parte do conhecimento acerca das causas do perigo deriva de dados estatísticos, e não de um conhecimento qualitativo. Ainda, outra dificuldade está na limitação de nossos conhecimentos quanto às conseqüências tecnológicas. Ao decidir sob incertezas, surge o perigo de decisão irracional. Por fim, e interligada a esta última, está a avaliação do risco racional. Nesta, há uma noção racional dos riscos, mas a promessa de um padrão de vida melhor é valorado de forma a prevalecer perante outros interesses.

O argumento baseado apenas no interesse próprio não é um fundamento moral, pois há uma série de interesses individuais em colisão. Sendo assim, Krebs³⁸ afirma que, para os padrões morais – no tocante à relação com a natureza - repercutirem efeitos no mundo real, não deve a ética da natureza permanecer em um âmbito abstrato, mas sim ser trabalhada interdisciplinarmente no deslocamento de seus padrões ao mundo político econômico. Aqui estão correlacionadas as medidas jurídicas, por serem o meio apto a fazer valer as normas morais no meio social, por meio de sua força coercitiva e seu caráter democrático coletivo.

A proteção da natureza, no sentido de servir à sobrevivência ou à saúde do homem, ou, de acordo com o art. 225, *essencial à sadia qualidade de vida*, concebe a natureza como indissociável para o preenchimento das suas condições básicas. Justamente por não se ter o conhecimento correto sobre as condições-limite da sobrevivência humana quanto à dependência dos fatores naturais, é que a prevenção de riscos acaba por ser um dos motivos para a proteção da natureza. Diante das incertezas e dos riscos, protege-se.³⁹ A problemática apontada por Sober, citado por Meyer⁴⁰, atine-se à falta de conhecimento concreto para a tomada de decisões racionais.

O argumento das necessidades básicas é, pois, uma das vertentes da posição utilitarista, pois até mesmo as decisões sob risco são direcionadas ao bem-estar dos homens, mesmo que não haja certeza quanto aos seus

³⁷ KREBS, op. cit., p. 337-379.

³⁸ KREBS, op. cit., p. 366.

³⁹ MEYER, op. cit., p. 39.

⁴⁰ Ibid., p. 48.

efeitos. Ademais, a omissão, por si só, faz gerar situações de risco. Ou seja, mesmo que aparentemente algumas espécies não sejam valoradas como importantes de modo imediato aos homens, elas o podem ser, futuramente. Esta incerteza quanto ao uso futuro de uma espécie ou ecossistema justifica uma ação preventiva à destruição do potencial de uso dos mesmos. “Se não fazemos nada contra a perda de uma espécie, então estaremos aumentando o risco de perder esta espécie, que pode ser valiosa.”⁴¹

Birnbacher, citado por Meyer⁴², comenta sobre as decisões tomadas em situações de risco e incertezas. Prerrogativa para esta decisão é a análise e a consideração de todas as consequências da ação. Birnbacher⁴³ entende por uma decisão sob risco “aquela decisão na qual todas as consequências da ação foram abrangidas, além de terem sido suas possíveis consequências positivas ou negativas classificadas e, prioritariamente, sua probabilidade de ocorrência”. Como exemplo, o autor cita a proteção de uma planta ameaçada de extinção, cuja função terapêutica ainda é desconhecida.

Diante das várias alternativas para o agir, Birnbacher⁴⁴ sugere um posicionamento utilitarista, no sentido de que o uso para todos os homens (inclusive às futuras gerações) seja maximizado. Para tanto, sugere o uso do princípio da maximização do interesse esperado. Neste ponto, as críticas ao pensamento utilitarista são coerentes, havendo ainda outra questão problemática, a respeito dos conhecimentos lacunosos da ecologia e biologia. Como valorar uma espécie ou um ecossistema? Como estabelecer uma hierarquia de valores e permitir certos usos da natureza, enquanto outras ações danosas são proibidas? Muitas vezes a estratégia tomada é a proteção integral do meio ambiente.⁴⁵ Estas questões permeiam o confronto jurídico, em um caso concreto, entre a prevalência da proteção integral ao meio ambiente ou a liberdade científica, por exemplo.

⁴¹ Ibid., p. 56. Tradução nossa.

⁴² Ibid., p. 56.

⁴³ Citado por MEYER, op. cit., p. 56. Tradução nossa.

⁴⁴ Citado por MEYER, op. cit., p. 57.

⁴⁵ No caso brasileiro, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente conceitua o meio ambiente genericamente como “O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (Lei 6.938 de 1980). É necessário apontar ainda que ao descrever os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, optou o legislador por uma posição utilitarista do suprimento das necessidades básicas, conforme dispõe o art. 2º da citada lei: “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)”. Meyer (2003, p. 61) cita autores que utilizam o argumento da segurança para a proteção das espécies. Posições contrárias são igualmente mencionadas, tais como as apontadas por Gorke e Sober.

Krebs conclui, ao analisar os extremos – posição antropocêntrica ou fisiocêntrica – que ambos acabam por se configurar como vieses não atrativos, já que entre estes há um “interessante território de um antropocentrismo eudamonístico rico e não reduzido e de um fisiocentrismo epistêmico-antropocêntrico”.⁴⁶ Ao se tomar apenas uma posição como correta, estar-se-á agindo de forma ingênua ao perseguir um posicionamento unilateral, pois somente diante de ambas as posições restará possível compreender e justificar a ampla ação humana e os sentimentos em relação à natureza.

Quanto ao valor da natureza, esta é essencial às atividades vitais do homem, para o seu bem-estar físico e intelectual e para o seu caráter moral. Mas a natureza também possui seu valor eudamonístico no sentido de deter um valor estético próprio, valor sacro, correspondendo os valores morais à vida dos animais sensíveis ou capazes de agir. Tratar de valores absolutos não faz sentido, já que, nada no mundo é assim valorado.⁴⁷ Não seria escandaloso analisar a relação com a natureza sob o prisma de uma boa vida humana no mundo de hoje ou no futuro. E a função do Direito, em conjunto com a economia e política, é justamente possibilitar a melhora do padrão de vida, seguindo-se de uma exigência moral.⁴⁸

Defender um destes posicionamentos, portanto, não parece ser o ato razoável para realizar a atividade de ponderação necessária, uma vez que a transição, a linha tênue entre um e outro é também um campo um tanto quanto inseguro.

Gómes-Heras⁴⁹, neste sentido, observa que a proliferação de normativas tendentes a proteger espaços naturais ou espécies naturais em vias de extinção implica no reconhecimento fático dos direitos das coisas protegidas. Assim, poder-se-ia inclusive, neste caso, tratar de “entidades naturais de direito” para referir-se a espaços protegidos, como um parque natural. As sociedades com consciência ecológica desenvolvida se comportam nesta hipótese “como se” as coisas protegidas tivessem direitos, que devem, por sua vez, ser tutelados. Persiste a questão acerca de a tutela ser exigida em razão do valor “em si” da coisa, independentemente da intervenção humana, ou do “valor de utilidade” das mesmas, em prol do bem-estar e/ou da felicidade dos homens.

⁴⁶ KREBS, p. 378. Tradução nossa.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 378-379.

⁴⁸ KREBS, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁹ GOMES-HERAS, *El problema*, *op. cit.*, p. 53.

Em busca de esclarecer esta questão, Sterba⁵⁰ defende, do nosso ponto de vista, um raciocínio coerente quanto aos princípios da ética ambiental. Ao tomar como base o ambientalismo kantiano de Paul Taylor, denominado individualismo biocêntrico, o autor o reformula, desenvolvendo o pluralismo biocêntrico.⁵¹ De forma resumida, Paul Taylor entende que todos os seres vivos individuais podem ser beneficiados e passíveis de sofrimento, possuindo um valor em si mesmo, e, portanto, qualificados como sujeitos morais.⁵² Sterba, ao contrário de Taylor, em seu pluralismo biocêntrico, entende que não somente os seres individuais, mas também as espécies e os ecossistemas podem ser considerados seres com interesses próprios e, portanto, sujeitos morais.⁵³

Todavia, para Taylor, possuir um valor em si não é um argumento suficiente para estabelecer o respeito para com os demais seres. Haveria a necessidade adicional da definição de outras quatro teses: a) os seres humanos são membros da vida comunitária da Terra; b) todos os seres vivos relacionam-se entre si em uma ordem de interdependência; c) cada organismo é um centro de vida que possui uma finalidade em si mesmo; d) a assertiva da superioridade do homem não é dotada de fundamento. Como consequência desta formulação, os homens devem ser tratados como iguais (em uma posição igualitária) a todos os seres das demais espécies.

As implicações práticas desta teoria são explicitadas em princípios. Sterba, entretanto, realiza alterações nestes princípios para estabelecer as implicações práticas do pluralismo biocêntrico. Estipula o princípio da defesa humana, o qual prevê que as ações de defesa pessoal ou de outros seres humanos contra agressões danosas são permitidas mesmo quando impliquem na necessidade de executar plantas ou animais ou de destruir espécies em sua totalidade ou ecossistemas.

O princípio da preservação humana concentra-se na busca das necessidades básicas. Ações que forem necessárias à busca das necessidades básicas pessoais ou de outro ser humano serão permitidas mesmo quando requisitarem agressão contra as necessidades básicas de animais individuais e plantas ou de espécies em sua totalidade ou ecossistemas.⁵⁴

⁵⁰ STERBA, op. cit., p. 29.

⁵¹ Da abordagem geral das perspectivas acima tecidas, Paul Taylor se enquadraria no argumento fisiocêntrico teleológico.

⁵² STERBA, op. cit., p. 29.

⁵³ Idem.

⁵⁴ STERBA, op. cit., p. 33.

Em ambos os princípios, que substituem o princípio da auto-defesa de Taylor, justifica-se uma ação agressiva ou danosa ao meio ambiente em prol da defesa da vida humana (princípio 1) ou em prol da preservação humana (princípio 2), diante das necessidades básicas. Sterba adverte que o agir preventivo danoso seria permitido desde que se trate da defesa do ser humano contra uma agressão não humana.

Esta assertiva merece uma análise mais acurada. Em seu princípio em prol da preservação humana, a ação preventiva gera uma permissão a um agir danoso, todavia sem especificar os limites de tal ação. De mais a mais, para que seja permitido um agir danoso, há um pressuposto: a proteção das necessidades básicas. Desta forma, é possível subtrair um juízo de valor na definição de necessidade básica. Quanto à ação danosa, seus efeitos e sua extensão devem primar pela proporcionalidade à necessidade básica e razoável ao valor concebido à mesma.

Quanto ao princípio da preservação humana, Sterba⁵⁵ comenta que não há formulação similar na ética tradicional, existindo apenas o princípio da auto-preservação. Em geral, não há princípio na ética tradicional que permita o agir contra (por meio de um ato comissivo) às necessidades básicas de outra pessoa para fins de garantir as necessidades básicas pessoais ou as necessidades básicas daqueles que estão sob nossa proteção.⁵⁶

A definição de “necessidades básicas” é inconclusiva. Abrir mão de luxos, de suntuosidades pode parecer aceitável por todos, mas Sterba⁵⁷ se refere neste aspecto à “vida decente”. Neste contexto, duas questões merecem exame. Em primeiro lugar, como outrora salientado, há um juízo de valor variável de acordo com o grau da evolução da sociedade a ser tomada em consideração. Assim, uma sociedade tecnologicamente mais avançada pode vir a estabelecer o uso do automóvel ou do celular, por exemplo, como uma necessidade básica às funções desempenhadas no meio social, em confronto a outra sociedade menos desenvolvida tecnologicamente, que considera o automóvel ou o celular um luxo desnecessário.⁵⁸ Desta forma, o conceito de necessidades básicas também pode ser alterado na medida em que objetos substitutos são criados. O próprio avanço tecnológico pode

⁵⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁶ Sterba afirma que há, em casos excepcionais, a permissão do ato comissivo, como, por exemplo, em situações extremas (um lugar no bote e duas pessoas que precisam do lugar). Mas em geral, “nós não temos um princípio que nos permita agredir contra – por um ato comissivo – as necessidades básicas de outra pessoa de modo a satisfazer nossos próprios interesses básicos ou as necessidades básicas de outras pessoas que nós estejamos responsáveis” (STERBA, *op. cit.*, p. 35 - tradução nossa).

⁵⁷ STERBA, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁸ *Idem.*

vir a desenvolver tais objetos que não venham a causar danos graves ao meio ambiente ou riscos à saúde humana, como ocorre com o uso de energias alternativas ou soluções aos resíduos tecnológicos. Na mesma linha de raciocínio, recursos tidos como essenciais podem, igualmente, deixar de sê-los, seja pelo uso de novas tecnologias, ou por alterações culturais e sociais. De uma forma ou de outra, está a se tratar de alternativas de usos dos recursos.⁵⁹

Um segundo aspecto concerne a necessidades básicas referente à saúde humana. Não há dúvida de que, para todos os seres humanos, a saúde é uma necessidade básica, um bem essencial. Neste sentido, seriam permitidos experimentos com animais para desenvolverem medicamentos em benefício da descoberta da cura de uma doença humana? Seguindo a argumentação outrora formulada, seriam permitidas ações contra os seres não humanos para buscar necessidades básicas, desde que os efeitos e extensão dos danos sejam razoáveis e proporcionais ao valor concebido ao bem em questão.

Cabe analisar que o significado dos efeitos e a extensão dos danos são exatamente proporcionais às necessidades básicas e razoáveis ao valor que lhe fora concebido. Por razoabilidade entende-se que a ação danosa seja necessária na medida em que não há outro caminho substituto a garantir a necessidade básica, ou seja, não há outro meio a substituir aquele que irá degradar o meio ambiente ou causar danos a uma espécie animal. Como exemplo, menciona-se o dilema de se construir uma hidrelétrica (com a consequência de se estar causando dano a um ecossistema) ou reduzir o gasto de energia através de uma política eficaz de redução de consumo energético. Neste caso, há meios razoáveis passíveis de escolha. O agir ético direciona-se, seguramente, na opção por utilizar caminhos alternativos. Quanto ao efeito e à extensão do dano ser proporcional à ação, está-se a pressupor que não haja um excesso de prejuízo, ou seja, que a ação danosa encontre seu limite na precisa definição do que se entende por necessidade básica.

Consequentemente, à ação danosa adiciona-se a noção de razoabilidade e proporcionalidade. Sterba⁶⁰ se refere a uma ação razoável tão somente no momento em que trata do conflito entre holistas e individua-

⁵⁹ Este é o caso, por exemplo, das tecnologias voltadas à eficiência energética, ou a arquitetura sustentável. Esta é a tese, por exemplo, da economia dual, a qual encontra a cada dia mais adeptos. Através da mesma, há uma combinação entre o modelo econômico técnico-industrial com o modelo econômico ecológico-naturalista. Nesta junção, os valores ético-políticos de solidariedade para com as gerações futuras, qualidade de vida, respeito aos valores da natureza e justiça social, outrora ameaçados pela economia capitalista industrial, encontram ressonância e destaque nesta nova ordem econômica. (GÓMES-HERAS, Presentación, op. cit., p. 58).

⁶⁰ STERBA, op. cit., p. 39.

listas. Nos casos em que necessidades básicas estão em jogo, afirma que seria demais exigir das pessoas o sacrifício de abrir mão de seu interesse em prol de vidas não humanas. Nesta perspectiva, deve-se exigir das pessoas um agir cujo efeito seja *razoável e proporcional* aos seus interesses para que não haja o conflito entre os interesses holísticos e individualistas. “Não obstante, quando as necessidades básicas das pessoas estão em jogo, a perspectiva individualista parece incontroversa. Nós não podemos razoavelmente requerer das pessoas que sejam santas”⁶¹

Embora haja dissonância entre individualistas e holistas, se o foco for uma ou outra tendência, não será possível resolver as questões práticas conflituosas e a ética ambiental, de acordo com os princípios acima formulados, acaba por se contradizer.⁶² A solução por outro viés parece ser necessária. Os seres humanos, ao se defrontarem com uma necessidade básica que conflitue com uma necessidade básica de outro ser não humano, podem ser *razoáveis* quanto aos meios a serem utilizados, a fim de se optar pela forma menos danosa possível quando da sua satisfação de seus interesses, além de mensurar o efeito do dano a ser gerado, na medida em que este seja *proporcional* à necessidade em questão. Não se está a exigir dos homens que sejam “santos”, mas sim, razoáveis, já que dotados da capacidade de ponderar os valores e optar quanto ao direcionamento de suas ações.

Conclui Sterba que é possível concordar com a tendência individualista quando estiverem em jogo as necessidades dos seres humanos e, com os holistas, quando estas não estiverem em jogo. De forma diversa, conclui-se que mesmo o individualismo - ou o antropocentrismo - pode levar em conta o ser não humano ao integrar os interesses básicos do homem com o meio ambiente, cujo valor passa a ser dimensionado sob outra perspectiva diante da crise ambiental. Ao buscar de todas as formas possíveis a não agressão ou o dano de forma proporcional aos interesses, está a se conceber uma ética passível de aplicação prática, cujas normativas teóricas poderão ser transpostas em regras jurídicas. Trata-se, pois de uma ética antropocêntrica não restrita a valorar apenas interesses humanos.

Sterba⁶³ se atém a outro princípio, o qual se endereça à proibição de atos humanos que visem a perseguir interesses que não sejam básicos ou luxos, quando estes agredirem o interesse básico dos animais e plantas, ou uma espécie como um todo ou um ecossistema. Trata-se do assim denominado

⁶¹ Idem. Tradução nossa.

⁶² Conforme já descrito por KREBS, op. cit., p. 29.

⁶³ STERBA, op. cit., p. 37.

princípio da desproporcionalidade. Este princípio trata da ideia de igualdade entre os seres. Sugere que, ao se considerarem todos os seres vivos como iguais, as necessidades básicas dos seres não humanos devem ser protegidas contra ações agressivas que tenham como escopo tão somente o preenchimento de necessidades não básicas dos seres humanos.⁶⁴

Uma ação (ou omissão) que venha de encontro a um interesse não básico de um ser humano e que, ao mesmo tempo, lese um interesse básico de um animal, por exemplo, seria por si mesma contrária à ideia anteriormente comentada acerca do juízo de valor concedido a um interesse. Se este não se enquadrar como uma necessidade básica, um interesse elementar, os efeitos do dano futuro não serão razoáveis ou proporcionais ao interesse do homem, já que este se encontra em uma esfera valorativa inferior. Contradiz inclusive a ética ambiental, que leva em consideração os seres humanos e não humanos.

Relevante é a demanda exigida pela ética ambiental. Neste sentido, Sterba⁶⁵ descarta o princípio da justiça distributiva e o princípio da justiça restitutiva de Taylor - por entendê-los por demais pretensiosos - e os restabelece no princípio da restituição, o qual dispõe que uma reparação ou compensação apropriada são requeridas sempre que os outros princípios forem violados.

A ideia de restituição ou compensação faz parte da ética ambiental. Por certo, a ação danosa somente se justifica após a valoração dos interesses e a ponderação dos seus efeitos. Ocorre que na prática haverá conflitos de interesses e, da impossibilidade de os homens não degradarem os ecossistemas, espécies de animais ou plantas, a premissa da reparação ou compensação é consoante à proporcionalidade exigida ao dano causado (quanto mais precisa a valoração do bem como essencial ou necessário, menor a degradação causada e o dever de compensar ou reparar será igualmente minorado).

Desta forma, o princípio da restituição ou compensação de Sterba será uma forma de justificar o uso de recursos naturais, pois seus efeitos tendem a ser minorados ou restituídos. A problemática situa-se justamente na dificuldade em se restituir uma perda ambiental ou em compensá-la.⁶⁶ Preferencialmente, há que direcionar a moral a um agir que evite o dano e, caso este ocorra, o restitua *in natura*.

⁶⁴ Ibid., p. 38.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ O princípio da restituição de Sterba entra em consonância, no Direito Ambiental, ao princípio da obrigatoriedade de reparação do dano ambiental.

A restituição, tal qual a compensação, ao mesmo tempo em que se direciona a uma tentativa de justificar o equilíbrio entre as espécies, possui como finalidade a usufruição do bem ambiental (com alta probabilidade de ser degradado), às gerações futuras. Sterba não se atém, todavia, a uma ética intergeracional. Entretanto, ao responder ao desafio segundo o qual uma ética ambiental centrada nos próprios homens seria suficiente, se volta aos interesses em jogo. Em certos casos, haverá uma coincidência entre interesses (das presentes e futuras gerações) e dos seres não humanos. Nestes casos, uma ética voltada ao homem é suficiente. Mas, em contrapartida, haverá casos em que a justificativa para a ação moral direcionada a não humanos entra em conflito com os interesses dos humanos. Para o autor, se há conflito de interesses entre membros da mesma espécie (no caso homens), ainda maior será o conflito entre espécies diversas. A moral pluralista biocêntrica torna-se razoável, em seu ponto de vista, para resolver tais conflitos.⁶⁷As posições de Sterba, quanto à proporcionalidade e razoabilidade das ações, parece útil ao instrumento de ponderação, exigido quando da existência de um caso concreto conflitivo de direitos.

5. CONCLUSÃO

Os conflitos socioambientais decorrem de uma crescente preocupação com a preservação ambiental e do desafio em harmonizá-lo com os direitos individuais de liberdade e de propriedade, dado que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico protegido constitucionalmente, além de norma de natureza jurídica constitucional não meramente programática ou dirigente, mas de um enunciado normativo de direito fundamental que contém uma norma de direito fundamental atributivo de um direito subjetivo, à luz dos ensinamentos de Bello Filho.

Na medida em que se configura como direito/dever fundamental, está submetido a restrições que decorrem da coexistência de outros princípios opostos, gerando uma colisão que resultará no direito/dever definitivo. Assim, da mesma forma que houve a transformação da perspectiva do homem perante a natureza, o que levou à colisão de duas visões de mundos, a partir da valoração do meio ambiente como bem jurídico constitucional, colidem o direito à propriedade e o direito de liberdade com o direito *prima facie* ao ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, haverá relatividade em seu núcleo essencial a depender da relativização

⁶⁷ STERBA, op. cit., p. 49.

que demande o caso concreto, o que repercute na necessária análise do conteúdo proposto como núcleo essencial.

Por outro lado, assim como ocorreu com o desenvolvimento do Direito Ambiental, a ética ambiental surgiu como pólo oposto às intervenções negativas da ação humana diretamente na natureza, com a finalidade de protegê-la e conservá-la, sob os auspícios de um interesse intergeracional. Um dos pressupostos para a compreensão da ética ambiental é a delimitação *do conceito de natureza ou meio ambiente e a relevância moral a ela concebida*, sendo tal questão importante para a dogmática jurídica, eis que o núcleo ou mínimo essencial do bem jurídico tutelado será o delimitador para que não ocorra a violação à normatividade do art. 225 da CF.

Birnbacher, por sua vez, constrói sua tese de ética ambiental com base na ideia de “naturalidade” como contraposição à “artificialidade”, a fim de analisar o conceito de natureza. A importância nesta discussão está em contradizer a ideia da existência de uma natureza intocada, não modificada pelo homem e acentuar o fato de que há a possibilidade de remodelar, de refazer o natural, de compensar uma perda da naturalidade através de uma possível reparação ou reposição do dano, moralmente aceita, o que, trazido para a dogmática jurídica, representaria a atividade da ponderação a partir da realização do princípio da proporcionalidade, harmonizando os princípios constitucionais sem atingir a normatividade do art. 225 da CF.

Os filósofos morais formulam uma ética ambiental em particular quanto às diferenças a respeito do valor moral concedido à natureza. Desta perspectiva surgem duas posições: a concepção antropocêntrica – segundo a qual o homem descreve o mundo sob a perspectiva de seus interesses e atribui um valor instrumental à natureza como recurso – ou a ecocêntrica (fisiocêntrica), a qual concede um valor próprio à natureza (natureza como fim em si mesma) e busca ultrapassar as fronteiras da visão antropocêntrica, fazendo emergir uma nova ética, a ética da natureza.

Neste sentido, interessante para a dogmática jurídica é o posicionamento de Sterba que defende, do nosso ponto de vista, um raciocínio coerente quanto aos princípios da ética ambiental. Para o autor, o princípio da preservação humana concentra-se na busca das necessidades básicas. Assim, somente serão tolerados danos proporcionais às necessidades básicas e razoáveis ao valor que lhe fora concebido. Por razoabilidade entende-se que a ação danosa seja necessária na medida em que não há outro caminho substituto a garantir a necessidade básica, ou seja, não há outro meio a substituir aquele que irá degradar o meio ambiente ou causar danos a uma espécie animal.

Conclui-se que as posições de Sterba, quanto à proporcionalidade e razoabilidade das ações, parece útil ao instrumento de ponderação, exigido quando da existência de um caso concreto conflitivo de direitos, sem esgotar o tema e simplificar a complexidade desta questão.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**: Antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure Editorial, 1998.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BIRNBACHER, Dieter. **Natürlichkeit**. Berlin: Walter De Gruyter, 2006.

GOMES-HERAS, José Maria G. El problema de una ética del “medio ambiente”. In: GOMES-HERAS, José Maria G. (coord.) **Ética del medio ambiente**: problema, perspectivas, historias. Madrid: Tecnos, 2001a. p. 17-70.

_____. Presentación. In: GOMES-HERAS, José Maria G. (coord.) **Ética del medio ambiente**: problema, perspectivas, historias. Madrid: Tecnos, 2001b. p. 9 -10.

HÖFFE, Otfried. **Moral als preis der moderne**. Ein Versuch über Wissenschaft, Technik und Umwelt. Frankfurt: Suhrkamp, 1993. Cap. 10 – 11.

KREBS, Angelika. Naturethik im Überblick. In: KREBS, Angelika (Hrsg.) **Naturethik**: Grundtexte der gegenwärtige tier-und ökoethischen Diskussion. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. p. 337-379.

MEYER, Kirsten. **Der wert der natur**: Begründungsvielfalt im Naturschutz. Mentis: Paderborn, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

STERBA, James P. **Three challenges to ethics**: environmentalism, feminism and multiculturalism. New York: Oxford, 2001.



OSVALDO CANELA JUNIOR

Doutor em Direito pela USP. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC/PR. Juiz de Direito.

Reflexões sobre a crise metodológica no Brasil e sua repercussão no conceito de culpabilidade

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro adotou o princípio da culpabilidade como um dos vetores do sistema jurídico-penal. Esta percepção foi expressamente revelada na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, em seu item 18.

O princípio da culpabilidade, por outro lado, não colide com as normas insertas na Constituição Federal de 1988, muito embora a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, tenha sido publica ainda sob os auspícios de um Estado brasileiro autoritário. E tal se explica, pois o conceito de culpabilidade entrelaça-se com o de dignidade humana, expressamente referido no art. 1º, inciso III, da Constituição da República, conforme Camargo¹. Trata-se, na verdade, de uma inter-relação entre os direitos humanos internacionais e os direitos fundamentais dos Estados.²

Os artigos 19, 20 e 21 do Código Penal remetem-se ao princípio da culpabilidade para a sua perfeita exegese, enquanto o respectivo art. 59 anela-o à dosimetria da pena.

Como se observa, a culpabilidade, entendida como categoria jurídico-penal, foi expressamente acolhida pelo legislador brasileiro. Daí a exponencial importância de se bem delimitar a sua configuração dogmática.

Vacilam, todavia, a doutrina nacional e estrangeira sobre o verdadeiro alcance do princípio da culpabilidade, conforme Ripollés³ e da própria culpabilidade como categoria jurídica, segundo Schünemann⁴. Sob os influxos de um finalismo insípido e de um tecnicismo arraigado, a doutrina brasileira não conseguiu dimensionar a culpabilidade, a fim de lhe conferir fluidez sistemática com os fins da pena.⁵

O presente trabalho objetiva, pois, ensejar uma reflexão sobre a culpabilidade e seu alcance na dogmática jurídico-penal, em especial a partir de uma orientação funcionalista do Direito Penal.

¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Sistema de penas: dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 117-118.

² SOMMERMANN, Karl-Peter. El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948. Trad. Francisco José Contreras Peláez. In: Derechos Humanos Y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996.

³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. São Paulo: RT, 2005. p. 162-164

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidade em el derecho penal preventivo. In: El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús María Silva Sánchez. Tecnos: Madrid, 1991. p. 147

⁵ JAKOBS, Günter. Culpabilidad en derecho penal: dos cuestiones fundamentales. Colômbia: Universidade Externado, 2003. p. 11-14

2. O LIVRE-ARBÍTRIO

Para o perfeito entendimento do princípio da culpabilidade, impositivo que se reflita sobre o que seja livre-arbítrio, Conde⁶. Isso porque se convencionou que o agente, para ser culpável, há de praticar a conduta com a consciência de sua antijuridicidade. A reprovabilidade da conduta nasce exatamente desta consciência, segundo Silva⁷, fruto dos aspectos da personalidade do agente.

Logo, é imprescindível que o agente tenha, durante o curso da ação, plenitude de sua consciência, podendo optar livremente no plano material. A discussão, entretanto, é de cunho acentuadamente filosófico, muito embora suas implicações repercutam no campo dogmático-jurídico.

O homem vive em um plano material. A matéria, por outro lado, é energia condensada. Habitando, pois, um mundo de energia condensada, o homem capta a sua realidade a partir de seus sentidos. Ao mesmo tempo em que capta as informações do mundo externo, o homem constrói uma estrutura interna que lhe dá peculiar característica e o distingue dos demais seres humanos.

Dono de um mundo que lhe é próprio, o ser humano é o produto da experiência e de longa evolução. Reconhece-se como unidade distinta dos demais seres humanos, com atributos de personalidade e de caráter singulares. É o que se convencionou denominar ego.

O ego, portanto, é a individualização do ser, fruto da experiência de vida e do constante inter-relacionamento com outros seres humanos.

Cada ser humano visualiza os seus pares como seres distintos. Entretanto, reconhece o homem que existe uma unidade nesta aparente diversidade. Seria possível, por conseguinte, estabelecer-se um padrão humano, no qual os homens se encaixassem perfeitamente, embora conservassem suas especiais características individuais.

A unidade na diversidade explica o livre-arbítrio.

Em função das características comuns inerentes a todos os homens, é possível que se espere deles um comportamento socialmente padronizável. Este comportamento, por outro lado, observa as leis da possibilidade e da probabilidade. Importa dizer, compartilhando de uma existência material, o homem poderá agir em meio a imponderáveis variantes de conduta. Abre-se-lhe, por conseguinte, a faculdade de escolha.

⁶ CONDE, Francisco Munhoz. Teoría general del delito. Bogotá: Temis, 1984. p. 128.

⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição. São Paulo: RT, 2003. p. 129-138.

Contudo, a faculdade de escolha está agregada à vontade, tanto assim considerada a capacidade de autodeterminar-se. O ser humano não só é livre para agir no plano material como também para realizar processos psíquicos que antecedam à própria ação.

O livre-arbítrio do homem deve, pois, ser considerado em pelo menos dois planos de análise: o externo e o interno.

A conduta humana, via de regra, representa a exteriorização da faculdade de escolha do homem no plano cognitivo. Conquanto possa o homem valer-se das inúmeras hipóteses de agir no mundo material, será a sua estrutura psicológica interna que lhe permitirá fazer a opção. E esta estrutura é exatamente aquilo que lhe dá a individualidade.

Discute-se, entretantes, se o homem é realmente livre para decidir acerca de seu comportamento perante os demais ou se estará aprisionado a um conjunto de circunstâncias que lhe imponham determinada conduta. Tal discussão não é desconhecida do Direito Penal, na medida em que muito já se refletiu sobre o determinismo e o indeterminismo como fatores que influenciam o conceito de culpabilidade.⁸

No plano jurídico, o determinismo estaria adstrito à utilização de conteúdos de sentido lastreados na lógica formal. Tais conteúdos, empregados pelos juízes e legisladores, imporiam um certo determinismo causalista no processo de manifestação.⁹

A discussão, contudo, não procede.

Não se confunde a lei universal de causa e efeito com o processo de escolha do homem. Embora as leis da natureza revelem que a todo efeito poderá atribuir-se uma causa necessária, não se pode afirmar que o homem não possa fazer suas escolhas e, por conseguinte, alterar o curso dos acontecimentos.

O homem se sujeita à lei de causalidade, mas tem a faculdade de escolher o efeito desejado. Assim, a discussão sobre a existência, ou não, de um determinismo esgota-se em si mesma.

O livre-arbítrio, portanto, é inerente ao ser humano. Conhecedor, por experiência de vida, da lei de causalidade, o homem escolhe o efeito material desejado e realiza a sua conduta. Como vive em sociedade, o homem produzirá efeito que repercute na órbita dos interesses alheios e, por via de consequência, poderá estar sujeito à responsabilização por seus atos.

⁸ WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el "libre alvedrio". Artigo publicado em Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main. Trad. José Cerezo Mir, 1969. p. 91.

⁹ Ibid., p. 223-225.

Além da causalidade, o homem, agora por opção de sobrevivência, igualmente está sujeito às leis por ele mesmo criadas. Ainda com supedâneo na lei de causalidade, o homem decide (livre-arbítrio) criar um complexo de normas de comportamento que visem a regular a vida em sociedade. Este conjunto de regras, informado por princípios jurídicos, constitui o ordenamento jurídico, considerado como sistema, conforme aponta Bobbio¹⁰, cujo objetivo precípua é o de garantir a paz social.

Novamente invocando o postulado da causa e efeito, o homem concebe um resultado necessário para a inobservância da norma jurídica: a sanção, segundo Bobbio¹¹. Esta lógica se espraia por todo o ordenamento jurídico, repercutindo seus efeitos no Direito Penal.

De qualquer forma, verifica-se que o ser humano está sujeito a uma miríade de fatores que poderão influenciar na sua manifestação de vontade. Desde as leis de causalidade até as regras de comportamento por ele mesmo criadas, o homem trabalha com uma gama de informações variadíssimas antes de produzir efeitos no campo material (conduta).

Impossível, pois, se nos afigura, a formulação de conceitos apriorísticos sobre o comportamento humano. Se é certo que existem padrões de comportamento verificáveis na realidade empírica – via de regra substrato da construção legislativa -, não menos certo é que tais padrões estão igualmente sujeitos a hipóteses variantes em grau geométrico.

A extensiva produção legiferante e a própria multiplicidade de casos resolvidos pela jurisprudência são elementos que indicam a impossibilidade de se realizar um juízo *a priori* acerca do comportamento humano. E tal impossibilidade efetivamente reverbera no conceito de culpabilidade.

3. EVOLUÇÃO DA METODOLOGIA NO DIREITO PENAL E SUA REPERCUSSÃO NA CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade, entendida como categoria jurídico-penal, conforme Roxin¹² somente poderá ser bem compreendida após o exame da evolução metodológica operada no Direito Penal. E esta evolução acompanhou a alteração do pensamento filosófico a partir da primeira metade do século XIX.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71-75.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. São Paulo: Edipro, 2001. p. 152-154.

¹² ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención em derecho penal. Madrid: Réus, 1981. p. 57-65.

A Escola Clássica, influenciada pelo idealismo de Hegel e pelo racionalismo kantiano, elegeu o método racionalista, abstrato e dedutivo. O seu objeto de estudo foi o direito ideal racional.¹³

Este direito ideal objetivava assegurar os direitos fundamentais do homem em face das arbitrariedades judiciais. Fruto de um Estado liberal, a Escola Clássica mais se preocupou em assegurar a liberdade do indivíduo do que propriamente estabelecer medidas de proteção da sociedade.

Nesta fase, o livre-arbítrio foi elemento aceito e intrínseco para a afirmação dos direitos do homem e influenciou profundamente o conceito de culpabilidade.

No Brasil, o Código Penal de 1830 não acompanhou a evolução da Escola Clássica, muito embora tenha sido influenciado pelo Iluminismo e pelo contratualismo de Rousseau.¹⁴

O Código de 1890 não adotou qualquer sistematização segura da matéria, sendo refratário às tendências do positivismo e do evolucionismo.¹⁵

Na Europa, o positivismo jurídico criticava o excessivo liberalismo da Escola Clássica, atribuindo-lhe a responsabilidade pela alta criminalidade verificada nos grandes centros urbanos. Em consequência, embora adotando a metodologia racionalista, a Escola Positiva propugnava a necessidade de intervenção direta do Estado para a alteração concreta da realidade.¹⁶

A segunda metade do século XIX foi diretamente influenciada pelo positivismo de Auguste Comte, que representou uma reação ao idealismo, ao formalismo e ao apriorismo. Repudiava ao positivismo a adoção de leituras apriorísticas da realidade, impondo-se a observância dos dados positivos (empirismo).

A ciência jurídica de então foi diretamente influenciada por este sistema filosófico, de forma que a Escola Positiva passou a sustentar a observação da realidade empírica com vistas à alteração do mundo fático. Ausente juízo apriorístico, a pena não poderia mais ser compreendida como retribuição de significado ético ou jurídico, mas “instrumento de incidência en la realidad externa, dirigida a la defensa de la sociedad”.¹⁷

¹³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982. p. 176-177.

¹⁴ CAMARGO, sistema, op. cit., p. 100.

¹⁵ *ibid.*, p. 101-102.

¹⁶ MIR PUIG, op. cit., p. 176-177.

¹⁷ *Ibid.*, p. 180.

A culpabilidade, nesta fase, ao contrário do que sucedia na Escola Clássica, dissocia-se do conceito de livre-arbítrio. O crime, como dado positivo, era inserido em uma análise fundamentada exclusivamente na lei de causalidade. Surgem, então, os conceitos de responsabilidade social e de periculosidade. Enquanto a responsabilidade social objetivava justificar a supressão dos direitos do criminoso sem apelo para o princípio da culpabilidade, a periculosidade erigiu-se como critério para a imposição da pena.¹⁸

O Código Penal de 1940 sofreu a influência direta do positivismo e do tecnicismo jurídico. A Escola Positiva, anelada ao postulado determinista, lastreava a vontade na culpa moral, enquanto que os tecnicistas invocavam o livre-arbítrio como categoria a ser considerada na análise da responsabilidade.¹⁹

A análise do Código de 1940 revela que o legislador adotou a teoria psicológica da personalidade, subtraindo-lhe qualquer conteúdo valorativo (axiológico). De um modo geral, o esquema Liszt e Beling forneceu as bases metodológicas para a sistematização do Código de 1940.

A partir de 1920, o Direito Penal começou a abandonar o positivismo, muito embora este último sistema filosófico tenha permanecido mesmo depois da Segunda Guerra Mundial. As categorias fundamentais do Direito Penal, em especial a culpabilidade, não encontravam satisfatória explicação na metodologia positivista.²⁰

A teoria psicológica da culpabilidade anelou a culpabilidade a uma relação quase causal do dolo ou da culpa, impedindo uma concepção unitária daquela categoria jurídica. Dolo e culpa, portanto, constituíam as espécies e as formas de culpabilidade.²¹

O abandono do pensamento positivista representou uma reação à atitude “antifilosófica”, lastreada em conceitos não apriorísticos e em matizes unicamente empíricas. O valor passou a ser novamente inserido na discussão jurídico-penal, mercê do entendimento de que, embora as ciências naturais supõem a aplicação da matéria empírica, as chamadas ciências espirituais exigem a formulação de categorias *a priori*.²²

Esta tendência renovadora, representada pelo neokantismo, sequer foi assimilada pelo direito penal brasileiro.

¹⁸ MIR PUIG, op. cit., p. 181-182.

¹⁹ CAMARGO, sistema, op. cit., p. 105-106.

²⁰ MIR PUIG, op. cit., p. 227-228.

²¹ Ibid., p. 230-231.

²² Ibid., p. 234.

O finalismo surge na Alemanha como proposta metodológica que pretende impor-se no panorama jurídico-penal, em 1930, com a publicação do artigo de Hans Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*. Até então, o neokantismo prevalecia como método jurídico-penal na Europa.

Welzel criticou duramente o subjetivismo metodológico e o relativismo valorativo do neokantismo. Adotando uma filosofia ontologista na dogmática jurídico-penal, Hans Welzel constrói, como consequência, a categoria da ação finalista com base em seu sistema.²³

Em verdade, Welzel não rechaçava a existência de categorias *a priori*, mas afirmava não serem elas subjetivas (variam para cada homem). As categorias *a priori*, sendo objetivas, anelam-se a um padrão médio, pois se referem a toda mente inteligente.²⁴

Para Welzel, culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. Trata-se, pois, de conceito valorativo negativo e, por via de consequência, graduável. Separam-se, assim, a valoração (reprovabilidade) e seu objeto (dolo), situação que permite a redução da culpabilidade à valoração do objeto. Livre-arbítrio e imputabilidade passam a ser os pressupostos de existência da culpabilidade.²⁵

A estrutura finalista da ação humana pressupõe a inclusão do dolo no tipo de injusto. Trata-se de uma consequência necessária para a estabilidade de um sistema em que somente uma ação finalista pode ser considerada como ação especificamente humana.²⁶

A Lei n.º 7.209, de 11-7-1984, que alterou a Parte Geral do Código Penal brasileiro, adotou o princípio da culpabilidade (arts. 19, 20, 21 e 59), o princípio da equivalência dos antecedentes causais (art. 13) e a teoria retribucionista na dosimetria da pena (art. 59). Observa-se que foram assimilados, de forma esparsa, postulados da teoria social da ação e da teoria finalista da ação na composição da estrutura da Parte Geral do código.

²³ MIR PUIG, op. cit., p. 243-256.

²⁴ Idem.

²⁵ WELZEL, op. cit., p. 87.

²⁶ GARCIA MARTÍN, Luís. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: RT, ano 2, n. 2, janeiro/junho/2005. p. 5-19.

4. O ESTÁDIO ATUAL DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A doutrina brasileira, de uma forma geral, tem proclamado que a culpabilidade é a reprovabilidade de uma conduta típica e antijurídica, reduzida, essencialmente, a um juízo de censura.²⁷

Esta mesma noção já era professada por Mezger (1935, p. 264): “Colpovolezza è il complesso di quei presupposti dela pena che costituiscono nei confronti dell’agente la riprovevolezza personale dell’azione antigiuridica; cosicchè l’azione si manifesta quale espressione giuridicamente riprovevole dela personalità dell’agente”.

Não se discute, por outro lado, que o princípio da culpabilidade foi adotado no direito brasileiro, mesmo porque tal afirmação restou consignada na própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

Ocorre que a dogmática brasileira encontra-se arraigada aos postulados positivistas e tecnicistas. A pretensa simplicidade e segurança do método de pensamento tecnicista praticamente suprimiu a conexão entre a realidade social brasileira e o direito penal nacional. Conquanto o finalismo, já superado na Europa Ocidental, tenha lutado para restabelecer a sincronia axiológica entre realidade social e direito, tal escola não foi sequer compreendida em sua real dimensão. Isto porque o pensamento de Welzel, ao criticar o relativismo axiológico e o normativismo do pensamento neokantiano, Camargo²⁸, somente agora está sendo discutido pela doutrina brasileira de forma mais séria.

Como se observa, os operadores do direito utilizam a metodologia própria do tecnicismo jurídico e do positivismo para a compreensão das categorias jurídicas do Direito Penal, entre elas a da culpabilidade. Entretanto, o princípio da culpabilidade tem recebido a leitura da escola finalista da ação, mercê da sistemática adotada pelo legislador na Parte Geral do Código Penal.

A situação é insustentável do ponto de vista de uma dogmática minimamente segura. Note-se que o finalismo ainda não foi absorvido pela doutrina nacional, de forma que o princípio da culpabilidade pode ser examinado sob a ótica de um juízo *a priori*, pressupondo-se o deslocamento do dolo para o tipo. A culpabilidade, portanto, resulta da simples verificação da antijuridicidade, pressuposto quase que imediato da reprovabilidade da conduta.

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 21.

²⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 29.

A valoração da conduta, no finalismo, exige prévia afirmação dos fins do direito penal. Em sendo a finalidade do Direito Penal, para o finalismo, a proteção dos bens jurídicos, estes últimos é que permitirão a exploração do conteúdo axiológico da conduta. Segundo a doutrina de Welzel, a culpabilidade deverá ser examinada mediante seus dois pressupostos basilares, quais sejam o livre-arbítrio e a culpabilidade.

Como se observa, o método finalista permite a realização de um juízo axiológico na análise da culpabilidade (livre-arbítrio). Todavia, a matriz axiológica de tal raciocínio encontra anteparo obrigatório no conceito de bem jurídico-penal.

Por outro lado, o tecnicismo jurídico brasileiro e o positivismo pressupõem a completa ausência de avaliação axiológica do comportamento humano, afastando juízos apriorísticos. Ressalve-se que o mesmo tecnicismo e o positivismo diferenciavam-se quanto à abordagem do fundamento da vontade humana.

O panorama da dogmática penal brasileira, hodiernamente, afasta-se do conceito de sistematicidade, segundo Canaris²⁹. A análise do princípio da culpabilidade, e da própria culpabilidade como categoria jurídica, é ultimada mediante vetores apriorísticos e não-apriorísticos. A vontade é lastreada ora na culpa moral (positivismo), ora na responsabilidade moral e social (tecnicismo). O livre-arbítrio é adotado como pressuposto da culpabilidade (finalismo), mas ao mesmo tempo rechaçado (positivismo e tecnicismo).

Não é por outro motivo que a culpabilidade é muito pouco compreendida no direito brasileiro, em especial a categoria jurídica do erro. Por outro lado, a locução “reprovabilidade social da conduta” assumiu cunho eminentemente retribucionista, por força da absoluta inoperância do art. 59 do Código Penal.

Os tribunais brasileiros, de um modo geral, não abordam a culpabilidade como categoria jurídica própria, reservando sua eventual análise para as praticamente desconhecidas eximentes. A primeira fase da dosimetria da pena é costumeiramente desconsiderada, porque o entendimento predominante é o de que a pena, para o réu tecnicamente primário, há de ser estabelecida no patamar mínimo legal.

Veja-se, portanto, que a reincidência assume relevantíssimo papel na análise da culpabilidade do agente, o que sugere efetivo caráter retribucio-

²⁹ CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 200.

nista da pena. Trata-se de inequívoco juízo apriorístico jungido à metodologia tecnicista.

O resultado mais nefasto desta metodologia assistêmica é a aplicação da pena em função do passado (reincidência) e não como projeção para o futuro, em consideração aos fins do Direito Penal.³⁰

A culpabilidade, no direito penal brasileiro, praticamente perdeu o sentido, ante o engessamento provocado pela falta de critério metodológico coerente. Os juízos apriorísticos, de nefasta consequência, subtraem da análise da dosimetria o critério de necessidade na aplicação da pena.

5. PROJEÇÃO SOBRE O FUTURO DA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

Como já afirmado no presente trabalho, o Direito Penal brasileiro ainda não conseguiu ultrapassar os estreitos limites da dogmática tecnicista e positivista, pelo que nos encontramos, ainda, sob os auspícios de uma jusfilosofia absolutamente ultrapassada. Enquanto na Europa se discute o pós-finalismo e as estruturas fundamentais do funcionalismo, os tribunais brasileiros ainda se utilizam do método silogístico simples para promover a aplicação do Direito.

No campo do Direito Penal, a estrutura fundamental do delito, tanto assim consideradas a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade, sofrem uma crise metodológica intensa, com repercussões sérias que prejudicam qualquer esforço de sistematização. A legislação ultrapassada e a dogmática ambígua não permitem a compreensão do fenômeno jurídico-penal com a necessária acuidade científica.

Compreendemos, pois, que o primeiro passo para o dimensionamento da culpabilidade no direito brasileiro é a criação de uma metodologia unificada capaz de atender aos interesses do mundo contemporâneo. O finalismo já esgotou seu conteúdo na dogmática europeia, em especial na Alemanha, porque sua metodologia mostrou-se infensa ao problema das sociedades altamente complexas, não sujeitas a juízos apriorísticos e imbuídas de extremo individualismo.

O método mais coerente para a composição de uma dogmática sólida do Direito Penal, a nosso sentir, é aquela que se convencionou denominar

³⁰ JAKOBS, op. cit., p. 38.

funcionalismo.³¹ Sobre as bases de uma análise sociológica do Direito, impõe-se a realização de processos de transição social, mediante a aplicação do direito positivo. A partir de tal abordagem, busca-se a solução para o problema primordial do Direito Penal: estabelecer-se exatamente qual é a sua função.³²

O Direito Penal brasileiro não conseguiu resolver os problemas exsurgentes das sociedades complexas. Afirmar-se que o Direito Penal tem como finalidade o estabelecimento de condutas criminosas e a respectiva imposição de pena não tem qualquer significado social. A imposição da pena, por si mesma, é ato meramente mecânico e sem qualquer conteúdo teleológico.

Por outro lado, postula o finalismo que o objetivo do Direito Penal é a garantia dos bens jurídicos. Entretanto, a expressão “bem jurídico” é absolutamente vaga e necessita de um forte conteúdo axiológico para a sua mínima compreensão. Como sustentar-se, então, que o Direito Penal há de garantir categorias jurídicas indefinidas?

Tal proposição se nos afigura, no mínimo, desconexa com a realidade social.

Veja-se que os finalistas erigem determinados bens jurídicos como exponenciais para a manutenção da vida em sociedade. Entretanto, não há qualquer base empírica que demonstre a implicação entre tal função e os bens jurídicos escolhidos.

Retomamos, portanto, a tese de Luhmann, para quem o direito positivo há de ser uma das peças no processo de transformação social. O direito positivo corresponde ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, a todas as ramificações do Direito. Como item indispensável no processo de mudança social, o Direito há de executar operações que realmente interfiram na práxis social.

Sob esta ótica, reserva-se ao Direito Penal a incidência naquelas hipóteses nas quais os demais ramos do Direito não mostrarem eficácia empírica. Trata-se, portanto, da *ultima ratio* em matéria de transformação e controle sociais, por ter como característica fundamental a coação mais intensa do Direito.³³

³¹ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 35, ano 9, julho/setembro de 2001. p. 15-18.

³² LUHMANN, 1985. p. 17-27.

³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

O direito positivo, portanto, tem seu papel no processo de transformação social, e ao Direito Penal reserva-se a precípua função de garantir que o ordenamento jurídico permaneça estável.³⁴ Aquelas condutas que não forem eficazmente reprimidas pelos demais ramos do Direito, em especial o direito privado (ilícito civil) e o Direito Administrativo (ilícito administrativo), e que potencialmente poderão desestabilizar o ordenamento jurídico, merecem especial atenção do Direito Penal.

As condutas que não atingem um mínimo de relevância jurídico-penal para a desestabilização do sistema devem ser consideradas atípicas (imputação objetiva), ou, caso o risco não seja permitido, a aplicação da pena há de ser sopesada caso a caso, sem a utilização de juízos *a priori* na análise da culpabilidade.

Na estrutura do delito, portanto, a imputação objetiva é peça fundamental para a coerência sistemática e para a compreensão exata do que seja culpabilidade.³⁵ Nesta linha de raciocínio, adotamos o fundamento de Jürgen Habermas para justificar a legitimidade do Direito: a comunicação.

A comunicação é elemento indispensável para a análise da vida em sociedade e para legitimar o próprio Direito. O pensamento de Habermas³⁶ pode ser adequadamente delimitado na seguinte passagem: “Os direitos de participação política de uma formação pública da opinião da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito”.

Partindo do pressuposto de que é a comunicação que legitima o Direito e, em última análise, o próprio poder, reputamos equívoca a abordagem da norma jurídico-penal a partir da garantia de bens jurídicos operada pelo finalismo.

A comunicação permite a construção do ordenamento jurídico em um processo dinâmico, e não meramente estático. As leis são o resultado final de um processo de comunicação social decorrente do regime democrático, de forma que não constituem a origem, mas o resultado do processo legitimador.

³⁴ STRATENWERTH, Günter. **El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad**. Trad. Enrique Bacigalupo. Instituto de Criminología da Universidad Complutense de Madrid, LXXX, 1979. p. 96.

³⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133-135.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 190-210.

Não se pode, pois, analisar o Direito penal a partir dos valores aparentemente cristalizados nas normas (bens jurídicos), porque esses valores são apenas o ponto de partida para que o intérprete possa alcançar o verdadeiro processo de comunicação que antecedeu e justificou a materialização da norma.

Aplicado ao Direito Penal, o raciocínio ora desenvolvido permite chegar a duas conclusões inexoráveis: a) o único limite estabelecido para o intérprete é o princípio da legalidade, ante a agressividade e a violência insitas no Direito Penal e a necessidade de afirmação constante dos direitos humanos; b) a comunicação é que definirá, *in concreto*, se o fato é típico, ausente qualquer juízo apriorístico no processo de subsunção.³⁷

A imputação objetiva é categoria jurídica assentada e sem a qual não se pode mais imaginar coerência sistemática na estrutura do crime. O incremento do risco há de ser analisado a partir do discurso entre os envolvidos e a própria sociedade, considerados, ainda, aspectos dos microsistemas envolvidos. E esta análise há de ser feita mediante a investigação do “agir comunicativo”, ou seja, do uso das sentenças com o objetivo de comunicar, o que inclui “a situação de fala, a aplicação da linguagem e a consideração de seus contextos”.³⁸

Desde logo se percebe que o injusto e a culpabilidade são categorias jurídico-penais distintas. A imputação objetiva, categoria jurídica que substitui o nexos causal, contribui para a formação do tipo. A culpabilidade tem fundamento constitucional, em um Estado Democrático de Direito, na dignidade humana, representando uma “categoria indispensável à reprovação penal”.³⁹

Logo, considerado o pressuposto da dignidade humana, deverá o operador do Direito examinar, no diálogo comunicativo, a necessidade de repressão da conduta típica e antijurídica.⁴⁰ A culpabilidade, portanto, terá a função de limitador da reprovação, segundo Camargo⁴¹, mas com vistas na manutenção da estabilidade do ordenamento jurídico.

Comungamos integralmente com o posicionamento de Antonio Luís Chaves Camargo, no sentido de que o fim da pena é “o restabelecimento do consenso valorativo de um bem jurídico ou de uma relação de comunicação social, num determinado momento da vida social”.⁴²

³⁷ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. p. 75-105.

³⁸ ARAGÃO, Lucia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 112.

³⁹ CAMARGO, **imputação**, op. cit., p. 113-114.

⁴⁰ CEREZO MIR, José. O conceito material de culpabilidade. **Revista de Ciências Jurídicas**, ano II, n.º 2, 1988. p. 115.

⁴¹ CAMARGO, **imputação**, op. cit., p. 115.

⁴² *Idem*.

Sob este prisma, é possível que, projetando-se a necessidade da pena para a restauração do consenso valorativo do grupo: a) não seja aplicada pena ao agente face à sua absoluta desnecessidade; b) a pena base seja fixada aquém do mínimo legal, em qualquer fase da dosimetria; c) a reincidência não seja computada na segunda fase da dosimetria da pena, desde que não haja qualquer correlação com o novel crime praticado, ou mesmo sendo desnecessária a agravação; d) o regime de cumprimento das penas seja aplicado consoante a necessidade de se estabelecer o consenso valorativo do grupo.

Evidente que os mesmos princípios aplicar-se-iam no intercurso da execução penal.

A pena, então, deixará de ter um caráter meramente intimidativo, reservando-se maior grau de repressão àquelas condutas que, do ponto de vista de uma política criminal eficaz, segundo Roxin⁴³, possam desestabilizar o ordenamento jurídico.

Esta é, a nosso juízo, a perspectiva do futuro dogmático da culpabilidade, pautada pela análise dos casos concretos, mediante exame aprofundado do substrato fático, Roxin⁴⁴, e destituída de qualquer juízos apriorísticos, tão nefastos à dignidade humana. A sua concepção sistemática, anelada ao conceito de responsabilidade, permitirá a afirmação destas categorias jurídicas, Roxin⁴⁵ no panorama jurídico penal brasileiro.

6. CONCLUSÕES

Adotando o legislador pátrio a culpabilidade como categoria fundamental do sistema jurídico-penal brasileiro, é de exponencial importância o estabelecimento de sua configuração dogmática.

O livre-arbítrio é elemento que integra o princípio da culpabilidade, ao pressuposto de que o agente há de praticar a conduta com a consciência de sua antijuridicidade. Não sendo possível a formulação de conceitos apriorísticos sobre o comportamento humano, dado o seu enorme plexo de possibilidades, tal concepção filosófica há de interagir com o conceito dogmático de culpabilidade.

⁴³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20-28.

⁴⁴ ROXIN, Claus. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal**. In: Seminário Professor Claus Roxin de Direito Penal. Porto Alegre, 2004.

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Réus, 1976. p. 201-209.

O estudo da evolução metodológica do Direito Penal demonstra que o conceito de culpabilidade variou bruscamente na abordagem das diversas escolas. Esta variação coabita com o Direito Penal brasileiro, causando sério comprometimento da coerência sistemática, com nefastas consequências na abordagem dos direitos humanos.

Com o objetivo de se buscar maior coerência sistêmica, sugere-se a reflexão sobre a adoção do funcionalismo no Direito Penal, em especial no que diz respeito à análise do alcance da culpabilidade como categoria jurídico-penal. A comunicação será o fator legitimador do ordenamento jurídico, de forma que a teoria da imputação objetiva há de radicar-se na estrutura do crime. A análise do incremento do risco, por outro lado, ocorrerá entre os envolvidos e a própria sociedade, considerados, ainda, os aspectos microssistemáticos. A partir do pressuposto da dignidade humana, a culpabilidade terá a função de limitador da reprovação, restando à pena a finalidade de restabelecer o consenso valorativo de um bem jurídico ou de uma relação de comunicação social, desvinculada de qualquer juízo apriorístico.

A pena não terá caráter essencialmente retributivo, vinculando-se, por conseguinte, a critérios de necessidade para a manutenção da estabilidade do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas**: dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CEREZO MIR, José. O conceito material de culpabilidade. **Revista de Ciências Jurídicas**, ano II, n.º 2, 1988.

CONDE, Francisco Munhoz. **Teoria general del delito**. Bogotá: Temis, 1984.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GARCIA MARTÍN, Luís. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, ano 2, n. 2, janeiro/junho/2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günter. **Culpabilidad en derecho penal**: dos cuestiones fundamentales. Colômbia: Universidade Externado, 2003.

MEZGER, Edmondo. **Diritto penale**. Padova: Cedam, 1935.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: RT, 2005.

ROCHLITZ, Rainer. **Habermas**: o uso público da razão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Madrid: Réus, 1981.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 35, ano 9, julho/setembro de 2001.

_____. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Réus, 1976.

_____. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal.** In: Seminário Professor Claus Roxin de Direito Penal. Porto Alegre, 2004.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La función del principio de culpabilidad em el derecho penal preventive.** In: El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. Tecnos: Madrid, 1991.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.** São Paulo: RT, 2003.

SOMMERMANN, Karl-Peter. **El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948.** Trad. Francisco José Contreras Peláez. In: Derechos Humanos Y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996.

STRATENWERTH, Günter. **El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad.** Trad. Enrique Bacigalupo. Instituto de Criminologia da Universidad Complutense de Madrid, LXXX, 1979.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1977.

WELZEL, Hans. **Reflexiones sobre el “libre alvedrio”.** Artigo publicado em *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main. Trad. José Cerezo Mir, 1969.

_____. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

Razoável é razoável; Não-razoável é razoável¹

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO

Mestre em Direito econômico e
Socioambiental pela Pontifícia Universidade
Católica de Curitiba. Doutorando em Direito
pela Universidade Federal do Estado do
Paraná; Juiz de Direito no Estado do Paraná.
Professor de cursos de pós-graduação e da
Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

E-mail:
tiagogagliano@hotmail.com e tgpa@tjpr.jus.br

¹ Este título faz alusão ao que, em lógica proposicional, denomina-se “princípio da explosão” $(\alpha, \neg \alpha) \vdash \beta$, segundo o qual qualquer coisa pode surgir de uma contradição. Assim o explicita Ricardo Sousa Silvestre: “(...) Intimamente associado a estes dois últimos princípios temos o chamado princípio da explosão (também conhecido como *ex contradictione sequitur quodlibet*): (...) isto é, de uma contradição do tipo $\{\beta, \neg \beta\}$ podemos concluir toda e qualquer fórmula”. Não se considera, neste texto, a compreensão da lógica paraconsistente, que abertamente afasta o princípio da explosão por considerar que a verdade pode ser quantificada em graus. Neste sentido, ainda Ricardo Silvestre: “Exemplos de lógicas não clássicas são os sistemas em que o princípio do terceiro excluído não é válido. (...) Outro exemplo é a lógica paraconsistente, na qual o princípio da explosão (...) não é válido. Em outras palavras, em tais sistemas lógicos (...) pode haver enunciados da linguagem lógica que não são deduzidos a partir de uma contradição. Comumente nessas lógicas também não valem o princípio da redução ao absurdo (...) e o princípio da não contradição (...)”. SILVESTRE, Ricardo Sousa. **Um curso de lógica**. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 40-43.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando a razoabilidade ora sem qualquer alusão ao seu conteúdo, ora como decorrência do princípio do devido processo legal em sentido substantivo e, com isso, enfrentando toda a sorte de temas de fundo constitucional ou não, por vezes afirmando ou infirmo a validade de leis e atos normativos oriundos dos entes federativos.¹ Este atuar, contudo, não parece oferecer parâmetros de interpretação seguros² e sequer pode ser enquadrado em termos lógicos como um argumento capaz de comprovar sua validade.

Se, em primeiro momento, enlevar a Constituição por meio da razoabilidade parece algo proveitoso e evolutivo ao sistema jurídico, considerar, de outro tanto, que o “leitmotiv” desta atuação não atende a parâmetros lógicos, retóricos ou argumentativos não se revela adequado ou capaz de garantir a segurança jurídica.

No tocante às políticas públicas, conceito jurídico por si só deveras controvertido³, utilizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

¹ A título de exemplo, embora existam muito julgados, podem ser citados o RE n.º. 276546/SP, em que o Relator, Min. Maurício Corrêa, atrelou o princípio da razoabilidade ao “excesso do poder de legislar” sem qualquer consideração acerca deste ponto; a ADIn n.º. 3112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que a razoabilidade decorreu da sua compreensão pessoal acerca da política pública afeta do desarmamento: “(...) a norma impugnada, a meu ver, tem por escopo evitar que sejam adquiridas armas de fogo por pessoas menos amadurecidas psicologicamente ou que se mostrem, do ponto de vista estatístico, mais vulneráveis ao seu potencial ofensivo”; o RE n.º. 573675/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que, além de a razoabilidade ser tida como sinônimo de proporcionalidade, não houve qualquer justificação acerca de seu conteúdo; e, por fim, a ADIn n.º. 3453-7/DF, em que, por oportunidade do julgamento, o Min. Eros Grau, vogal, posicionou-se no sentido de que “(...) a pauta da razoabilidade pode e deve ser utilizada no momento da norma de decisão, da tomada da decisão em relação a determinado caso, mas não no momento da interpretação do direito.” e, ainda, que “A pauta da razoabilidade não pode ser usada a pretexto de adaptarmos a lei aos nossos desejos e anseios.” Curiosamente, o Ministro afastou a razoabilidade como forma de interpretação da regra posta sob o argumento de que não pode ser utilizada para atender a anseios ou desejos pessoais, mas não ofertou parâmetros objetivos – apenas subjetivos – para tal compreensão, de modo que, incorrendo na falácia do argumento circular, fundamentou a impossibilidade de subjetividade com a própria subjetividade. Para íntegra de todos os V. Julgados mencionados, <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 janeiro 2013.

² Luís Virgílio Afonso da Silva adverte que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal equipara razoabilidade à proporcionalidade, imbricando diversos fundamentos teóricos, aplicáveis a ambas de maneira diferenciada e, ainda, sem aludir a um método, as aplica à forma silogística, da seguinte maneira: “a constituição consagra a regra da proporcionalidade; - o ato questionado não respeita essa exigência; - o ato questionado é inconstitucional.”. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23, abr. 2002, DTR 2002/235.

³ A leitura atual sobre o tema aponta a existência, ao menos, de três vertentes distintas: políticas públicas como atividade; políticas públicas como norma; e, finalmente, como estratégia governamental. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23-24. Ainda no âmbito da dificuldade de conceituação: OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Estado e políticas públicas no Brasil: desafios ante a conjuntura neoliberal. *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 93, p. 101-123, mar. 2008. p. 102. Thiago Lima Breus também destaca este ponto: “As políticas públicas se tornaram uma categoria de interesse para o direito há pouco tempo, havendo pouca literatura jurídica acerca do tema, do seu conceito, da sua situação entre os diversos ramos jurídicos, assim como do regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e realização. E isso porque as

como norte para a definição de condutas estatais prospectivas sem compreender exatamente a *ratio decidendi* dos casos já julgados não contribui para a certeza e segurança jurídica. Note-se que, nesta quadra, sequer se fala em justiça, mas apenas em funcionamento do aparelho estatal.

Afora parte o mérito das decisões, não discutido nesta oportunidade, calha relembrar a função pedagógica das decisões jurisdicionais, de candente importância, notadamente quando hauridas de controle de constitucionalidade. Já observei, outrora, com apoio em sólida doutrina, que o Julgador não pode desconsiderar os aspectos externos e efeitos do provimento decisório, principalmente pelo fato de que tais se prestarão a contribuir para o estabelecimento de parâmetros seguros de conduta a serem utilizados não apenas pelos demais Poderes constituídos, mas também por entes integrantes do mercado e, ainda, pela sociedade em geral.⁴

Nessa toada, ainda que o resultado final da controvérsia deixe claro o posicionamento da Corte sobre determinado tema, aclarar o que efetivamente consistiu a razão predominante e o que figurou como fundamentação de apoio representam excertos igualmente importantes do contexto decisório, a fim de que se possa extrair e compreender todo o ensinamento que advém da resolução da testilha e o que se prestará a delinear o comportamento da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.⁵

Esta questão vem sendo percebida como fundamental em diversos países, notadamente nos Estados Unidos da América e Inglaterra, locais aonde o estudo da argumentação vem sendo levado a cabo há muito, sempre com o objetivo de escandir cada parte do conteúdo decisório. Talvez se possa compreender ser esta uma peculiaridade de países que adotam o sistema do “common law”, ou, por outro lado, seja razoável cogitar que tal família tenha contribuído para direcionamento do debate público do Parlamento às Cortes.⁶ De qualquer

necessidades sociais, ao tempo do modelo de Estado antecedente, eram subsumidas à noção de interesse público. Atualmente, com o aumento do pluralismo social 'necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do Poder Público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política', por isso mostra-se premente a análise jurídica das políticas públicas.” BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 217.

⁴ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e argumentação no atual estado democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 125-126.

⁵ Refiro-me, evidentemente, ao conceito cunhado por Häberle, por ocasião da obra HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

⁶ Nos Estados Unidos e Inglaterra, como se sabe, adota-se em grande parte a *common law*, sistema em que os precedentes figuram como enunciados normativos a balizar o comportamento decisório das Cortes em casos semelhantes que sobrevierem à apreciação. Neste âmbito, considerando que a decisão em si consubstanciará a normatização do tema, a discussão acerca dos elementos contidos na decisão e os argumentos em si são de fato

modo, tendo em linha de conta que atualmente os sistemas se imbricam e a globalização cuidou de exigir previsibilidade cada vez maior no comportamento estatal, compreender o cerne da motivação, no caso em estudo a razoabilidade, revela-se imprescindível, sobretudo, no contexto das políticas públicas.

O presente artigo aborda, em linha perfunctórias, o paradoxo semântico⁷ da razoabilidade utilizado como parâmetro de referência constitucional para análise da constitucionalidade de políticas públicas externadas em veículos normativos já traduzidos em direito posto, discutindo sua importância no âmbito da argumentação, justiça, lógica e eficiência. O objetivo, evidentemente, não é de evidenciar solução final acerca do tema tratado, senão apenas contribuir para o seu correspondente desenvolvimento.

2. JUDICIÁRIO E ARGUMENTAÇÃO: PERIGO OU SALVAÇÃO?

A imprensa noticiou, em 07 de novembro de 2012, que Deputados aprovaram proposta de mudança na Constituição para permitir que parlamentares anulem atos e normas do Poder Judiciário. Segundo consta no veículo da

muito candentes, a ponto de se poder identificar o excerto da fundamentação que figurará como a razão efetiva da decisão (*ratio decidendi*) e o que apenas lhe serve de apoio (*obiter dictum*), sendo aquela a responsável pela instituição do precedentes que vincularão os casos doravante apreciados. Neil MacCormick assim leciona acerca da *ratio decidendi*: "Quando se diz que um precedente tem caráter vinculante, não é cada palavra proferida pelo juiz ou pelos juízes na justificação da decisão que é transubstanciada em lei vinculante – mas somente a fundamentação, a *ratio decidendi*." Na sequência, observa que "O problema é que não há uma afirmação de consenso a respeito seja do que é fundamentação, seja de como se encontra a fundamentação de qualquer caso determinado." MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105. Neste ponto, pode-se claramente verificar o motivo de a argumentação ter se desenvolvido com maior vigor em países que adotam a família da *common law*. Ora, se existe dificuldade em definir qual excerto da fundamentação seria vinculante, todos os argumentos lançados devem ser analisados de per si, o que, independentemente da definição da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, contribui para o aperfeiçoamento da argumentação. Esta sistemática decerto contribuiu em muito para o estudo da argumentação lançada no contexto decisório, que precisava ser dissecada ao máximo para que fosse definido o que exatamente vincularia a Corte e o cidadão. Nos sistemas que adotam a matriz romano-germânica, a compreensão do direito a partir da legislação positivada deslocou, em grande parte, o estudo da argumentação para as discussões fático-probatórias, já que o parâmetro de referência legal já se encontrava delineado pelo sistema. Chaim Perelman destaca este ponto, ao assim enunciar a diferença que, no âmbito da escola da exegese, fazia-se em relação à descrição dos fatos e a correspondente qualificação jurídica: "É necessário estabelecer, a esse respeito, uma distinção fundamental entre a simples descrição dos fatos e a qualificação jurídica deles. Como o que interessa ao juiz é a aplicação das regras jurídicas aos fatos qualificados, de modo que deles extraia as consequências previstas pelo direito em vigor, o exame prévio e a descrição dos fatos são orientados pela passagem mais ou menos imediata, mais ou menos difícil, dos fatos estabelecidos à sua qualificação. (...) Mas, muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender da determinação de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia." Nesta seara, a discussão se descolou da decisão aos fatos. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 46-47.

⁷ Adiante a compreensão de "paradoxo semântico" e como a razoabilidade pode ser considerado como tal virá à tona.

mídia, o projeto é uma resposta à insatisfação sempre presente no Congresso de que o Judiciário usurparia poderes do Legislativo para ditar normas e regulamentações. Os parlamentares reclamam, principalmente, das regras impostas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que acabam alterando resultados eleitorais.⁸

A Proposta de emenda à Constituição n°. 171/2012, que altera o inciso V do artigo 49 da Carta Maior e, segundo consta na Ementa, “Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Público que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”⁹, parece trazer em seu bojo desconfiância à atuação jurisdicional. Conquanto o parecer que no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) concluiu pela constitucionalidade da proposta cuide de afastar a possibilidade de sustar acórdãos¹⁰, limitando o alcance do texto sob foco aos atos normativos oriundos do Poder Judiciário, subsiste a dúvida, acaso aprovado o texto, do alcance da expressão “atos normativos”. Estariam incluídas na possibilidade de sustação as sú-

⁸ Excerto de texto obtido do noticiário, que assim segue: “O projeto, de autoria do deputado Mendonça Filho (DEM-PE), foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e será ainda analisado por comissão especial antes de ser votada no plenário em dois turnos. Com a proposta, passam a fazer parte do controle do Congresso, além dos decretos regulamentares do Poder Executivo e das instruções normativas de suas agências, as resoluções e as instruções da Justiça Eleitoral, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Tribunal de Contas da União, e dos demais órgãos com atribuições normativas. Atualmente, o Congresso pode sustar decretos do Poder Executivo e normas das agências reguladoras. Mendonça Filho argumentou que atualmente existem mecanismos contra a atuação indevida do Legislativo, como o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário e o veto presidencial aos projetos aprovados pelos parlamentares. “A intenção da proposta é possibilitar a efetivação do princípio dos freios e contrapesos. Assim, não se está defendendo a prevalência de um Poder, mas assegurar que haja uma vigilância recíproca de um poder em relação ao outro”, argumentou. O relator do projeto, deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA), defendeu a aprovação. Ele ressaltou que não se trata de sustar decisões judiciais, mas apenas atos normativos. “Obviamente, atos normativos não se confundem com acórdãos, por mais que estes tragam inovações à ordem jurídica”, disse. Ele negou que o projeto seja uma retaliação ao Judiciário. “Em que pese haver legítimas e frontais discordâncias do conteúdo de muitas decisões judiciais, não é adequado caracterizar o projeto como um ‘troco’ do parlamento”, disse. “Se os decretos regulamentares editados pelo chefe do Poder Executivo - que se submete ao crivo popular - sujeitam-se ao controle do Poder Legislativo, por qual razão plausível não se sujeitariam os atos normativos do Poder Judiciário?”, questionou o relator, ao defender a aprovação do projeto.” Artigo disponível, na íntegra, em <http://www.dgabc.com.br/News/5992798/proposta-amplia-poder-de-parlamentares-sobre-judiciario.aspx>. Acesso em 08.11.12.

⁹ Íntegra do texto disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544680>. Acesso em 08.11.12.

¹⁰ Situação que, acaso configurada, traria novamente ao cenário jurídico regramento outrora verificado na Constituição da República de 1937, a “Polaca”, que no parágrafo único do artigo 96 permitia ao Congresso Nacional afastar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Poder Judiciário. “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”. Íntegra da Constituição da República de 1937 pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3%AC3%A7ao37.htm. Acesso em 08.11.12.

mulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, as Resoluções baixadas pelo T.S.E. em observância ao contido no artigo 23, inciso XVIII do Código Eleitoral¹², ou, em interpretação mais alargada, também as Súmulas em geral editadas pelos Tribunais Superiores? Admitido o poder conferido ao Congresso, haveria simetria em relação aos demais entes federativos?

Nessa linha, por oportunidade do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 (dezenove) cláusulas condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que, a partir de então, se realizasse no Brasil¹³. Prolatou-se o que se vem denominando de “sentença aditiva”¹⁴, que, por sua natureza, contém determinações abstratas e genéricas a regular determinado ponto omissis que obste o cumprimento de cláusulas constitucionais. Neste caso, estaria a sentença aditiva também a possibilitar sustação pelo Congresso Nacional por força do regramento que se pretende aprovar?

O argumento genético¹⁵ direcionado ao auditório especializado¹⁶ que motivou a apresentação da proposta tem em sua alça de mira as Resoluções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral que, disciplinando as formali-

¹¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”. O artigo em foco foi introduzido no ordenamento jurídico constitucional pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/2004 - DOU 31/12/2004. Para verificação da íntegra do texto: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Acesso em 03.12.12.

¹² “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...)XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.”. Íntegra do Código Eleitoral, Lei n.º 4.737 de 15 de julho de 1965, pode ser conferida em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 03.12.12.

¹³ Todas as cláusulas podem ser verificadas no excelente trabalho desenvolvido por Ana Sinara Fernandes Camilo, com especial realce à cláusula 17. CAMILO, Ana Sinara Fernandes. **O STF, a condicionante n. 17 do caso “Raposa Serra do Sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará.** Íntegra do trabalho disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>> Acesso em 17.01.13.

¹⁴ Para Leandro Paulsen, sentença aditiva é aquela “decisão que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, adita e adéqua-lhe à interpretação da Constituição. Em verdade, a sentença aditiva manipula a norma que reputa inconstitucional, por insuficiência do seu enunciado, estendendo o seu alcance, ou seja, ampliando o seu âmbito de incidência, com o escopo de torna-la constitucional.” (PAULSEN, Leandro. **A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade.** Texto disponível na íntegra em <http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalle.asp?ID=33> Acesso em 17.01.13).

¹⁵ “Há um argumento genético quando se justifica uma interpretação R’ de R, porque ela corresponde à vontade do legislador.”. Ou, em lógica proposicional: “(1) Com R o legislador pretende alcançar Z; (2) $R' (= I_w)$ \square \square Z; (3) R.” Ao objetiva justificar a argumentação do próprio legislador, o argumento genético assume contornos especiais de argumento teleológico, de acordo com o Autor. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 234.

¹⁶ Ao “oratório deliberativo”, de acordo com PERELMAN, op. cit., p. 147.

dades e consolidando em texto normativo posicionamentos adotados em eleições, decerto não agradaram ao Parlamento. A questão de fundo, entretanto, perpassa pela legitimidade da atuação jurisdicional para, em solucionando conflitos de interesses, deixar assentados posicionamentos, ainda que contramajoritários, que possam até vir a proscrever normas materializadas e introduzidas no sistema por meio de leis votadas e aprovadas na forma preconizada pela Constituição da República.

O embate entre o Constitucionalismo e a democracia fornece elementos a incrementar a discussão quanto à possibilidade ou não de o Poder Judiciário se imiscuir em atribuições que, em princípio, não lhe são afetas. Posicionamentos diversos, nesta quadra, já se fizeram ouvir, ecoando desde os mais formalistas, que consideram impossível tal prática¹⁷, até os mais entusiastas, que a aprovam irrestritamente¹⁸, havendo, claro, os que

¹⁷ Hans Kelsen costuma ser mencionado como Autor que afasta a possibilidade de atuação judicial ativista, entendido este termo na forma sugerida por Ran Hirschl, em “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, in *Fordham Law Review*, v. 75, 2006, isto é, como judicialização de questões políticas. Certamente, esta percepção advém da compreensão do Autor a respeito da norma fundamental, cuja validade é pressuposta, não abrir margem à valoração judicial. O seguinte excerto de sua obra “O problema da justiça” destaca este ponto: “O processo de fundamentação normativa da validade conduz, porém, necessariamente, a um ponto final: a uma norma suprema, generalíssima, que já não é fundamentável, à chamada norma fundamental, cuja validade objetiva é pressuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjetivo de quaisquer atos é legitimado como sentido objetivo de tais atos. Se fosse de outra maneira, se o processo da fundamentação normativa da validade, tal como o processo de explicação causal – que, de acordo com o conceito de causalidade, não pode levar a nenhum termo, a nenhuma causa última –, fosse sem fim, a pergunta de como devemos atuar permaneceria sem resposta, seria irrespondível. Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte de outro indivíduo como justo quando este tratamento corresponde a uma norma tida por nós como justa. A questão de saber por que é que consideramos esta norma como justa conduz, em última análise, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor justiça.” (KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 15). Ocorre que, em virtude de, historicamente, os ensinamentos de Kelsen se situarem em direção oposta à época vigente escola da exegese, sua compreensão acerca da atuação judicial foi, em verdade, bem inovadora, proscrevendo a simples argumentação silogística e recomendando a verificação judicial do melhor direito a ser realizado no caso, por meio da interpretação. A propósito desta faceta do Autor, consultar SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria de interpretação em Hans Kelsen. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 64, p. 88, Jul. 2008. Assim, necessário convir que o posicionamento mais restritivo quanto à atuação do Poder Judiciário pode atualmente ser constatado pela leitura dos Autores que adotam a corrente positivista exclusiva, a exemplo, de Joseph Raz. Interessante exposição das premissas sustentadas pelo Autor pode ser encontrada em <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>>. Acesso em 20.01.13. Também estudo acerca das ideias de Joseph Raz, de autoria de Sheila Stolz de Oliveira e intitulado “El positivismo jurídico exclusivo. Una introducción a la teoría de Joseph Raz” pode ser verificado em “<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/834/656>> Acesso em 20.01.13. O conceito e aplicação da expressão “positivismo exclusivo” virá adiante, no corpo do texto.

¹⁸ Ronald Dworkin, neste ponto, ao postular a diferença entre os argumentos de princípio e de política, a leitura moral da Constituição e o direito enquanto integridade, situa-se, indubitavelmente, entre os que não apenas admitem, mas, antes, recomendam e sugerem a atuação judicial ativista. Conferir, para tanto: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 35-72. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 321-328. Neste trecho, inclusive, Dworkin analisa criticamente o conceito de direito adotado por Joseph Raz, salientando que “Raz não faz distinção, nem na descrição de seu projeto nem em sua execução, entre os conceitos sociológicos e doutrinários de direito.” e indagando, a certa altura, “O que significaria dizer que nosso conceito doutrinário de

a entendem viável em termos, desde que com o objetivo de salvaguardar a democracia, em último grau.¹⁹

O nó górdio, contudo, não se esgota na análise da consequência, entendendo-a como a decisão já lançada, senão na causa, isto é, a decisão em si. O argumento de autoridade final, consubstanciado na decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal, não agrada enquanto tal, visto que poderá afastar argumento de idêntica natureza, a maioria do Congresso.

A insurgência tem alguma razão de ser. A experiência verificada pontualmente em alguns países, em épocas passadas, parece denotar que o exercício da função jurisdicional calcada e embasada em noções de justiça, senso comum, ou voltadas à manutenção do sistema econômico não são adequadas ao incremento da ordem jurídica, fazendo exsurgir mais insegurança do que, propriamente, estabilização ao sistema como um todo.

Durante a Era Warren, de 1953 a 1969, a Corte Suprema norte-Americana decidia mais com base no que compreendia adequado do que levando em consideração o direito posto. Afigurava-se comum o questionamento “mas, por que isso é bom?” para a solução de testilhas²⁰. Os precedentes *Brown v. Board of Education*, de 1954, *Plessy v. Ferguson*, *Baker v. Carr*, *New York Times v. Sullivan*, *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, entre outros

direito é diferente do conceito medieval? Se nosso conceito doutrinário funcionasse como um conceito de espécie natural, como Raz às vezes afirma ser o caso, ficaria difícil perceber o que isso poderia significar.”

¹⁹ “A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. (Também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol.) Não é justo dizer que o governo está funcionando mal só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que ‘o povo’ discorda – ou de que discordaria, ‘se compreendesse’ – na maioria das vezes é um pouco mais que uma projeção delirante.” (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136-137).

²⁰ “O ataque à ordem legal pelos imperativos morais não foi apenas, e talvez nem mesmo efetivamente, um ataque vindo de fora. Como já se disse, veio também de dentro, no Supremo Tribunal presidido durante quinze anos por Earl Warren. Quando um advogado argumentava, perante ele, em favor de seu constituinte, à base de alguma doutrina jurídica, ou num ponto de processualística, ou afirmando que a Constituição atribuía, em relação a determinada questão, competência a outro ramo do governo que não o Supremo Tribunal, ou aos Estados e não ao governo federal, o presidente o interrompia dizendo: ‘Sim, sim, mas é isso (qualquer que fosse o caso exemplificado, sobre o Direito ou sobre a sociedade), é isso certo? É isso bom?’. Mais de uma vez, e em algumas de suas decisões mais importantes, o Tribunal de Warren solucionou dificuldades doutrinárias ou questões sobre a competência entre várias instituições, com uma pergunta prática que lhe parecia decisiva: se o Tribunal não tomar uma posição que seria certa e boa, seria ela tomada por outras instituições, tendo em vista a realidade política? O Tribunal de Warren orgulhava-se muito de passar por cima de tecnicidades legais, de deixar de lado a forma para preocupar-se com a substância. Mas as tecnicidades legais são o estofado de que é feita a lei, e deixar de lado a substância para chegar às formas adequadas a muitas substâncias é, de fato, a tarefa da lei, com muita frequência.” (BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978. p. 125).

bem o comprovam²¹, de modo que talvez tal época possa ser compreendida como o auge do realismo jurídico.²²

Antes ainda, no período de 1889 a 1904, o juiz Magnaud, que presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Tierry já considerava, em julgados reunidos em dois volumes (*Les jugements du président Magnaud – 1900*; e *Les nouveaux jugements du président Magnaud – 1904*) ser primordial a apreciação subjetiva do conflito, não devendo o juiz se preocupar em demasia com a lei, jurisprudência ou doutrina. O “bom juiz Magnaud”, como era conhecido, privilegiava a equidade, ainda que tivesse de decidir *contra legem*.²³

²¹ A particularidade dos casos citados, entre outros, encontra-se descrita no trabalho intitulado “A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren”, de autoria de Sérgio Fernando Moro. Quanto aos casos citados, segue a descrição do Autor: a) “*Brown v. Board of Education*, de 1954, no qual foi reputada inconstitucional a segregação racial predominante nas escolas públicas no Sul dos Estados Unidos, talvez seja a mais importante decisão da Corte de Warren.”; b) “A Corte ainda teve que enfrentar o precedente “*Plessy v. Ferguson*”, de 1896, no qual reputou compatível com o princípio da igualdade a segregação nos transportes ferroviários” (...) “Concluiu então que a segregação na educação era inerentemente desigual”; c) “Em 1962, a Corte Warren decidiu “*Baker v. Carr*”, no qual estava em discussão a má ordenação de distritos eleitorais no Estado do Tennessee (...) Em “*Baker v. Carr*”, de 1962, a Corte reviu o precedente “*Colegrove v. Green*”, de 1949, admitindo que a ordenação dos distritos eleitorais era matéria sujeita à revisão judicial e não mais uma “questão política”. Admitida a possibilidade do controle judicial, a Corte, em “*Reynolds v. Simms*”, de 1964, formulou o princípio “um homem, um voto”; d) “Duas decisões da Corte de Warren acerca da liberdade de expressão merecem especial destaque: “*New York Times v. Sullivan*”, de 1964, e “*Brandenburg v. Ohio*”, de 1969. Na primeira, policiais do Estado do Alabama processaram por danos contra honra o jornal *The New York Times* por publicar anúncio pago, que solicitava auxílio financeiro para defesa de Martin Luther King e que continha diversas declarações errôneas quanto à conduta de policiais em relação ao Dr. King. A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tivesse sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. (...) No outro caso, “*Brandenburg v. Ohio*”, de 1969, a Corte reverteu a condenação de líder da Klux Klux Klan que havia sido processado por defender a alteração da ordem por meio da violência. Aqui foi adotada, mesmo em relação a discurso absolutamente condenável moralmente, a doutrina estabelecida por Holmes. A Corte estabeleceu que: “(...) as garantias constitucionais de liberdade de expressão e imprensa não permitem que um Estado proíba ou proscreeva a defesa do uso da força ou a violação da lei, exceto quando tal defesa é dirigida a incitar ou produzir iminentes ações ilegais e é apta a incitar ou produzir tais ações.” (MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 48, p. 281, jul. 2004, DTR 2004\404).

²² Integrava a Corte também a esta época o Justice Felix Frankfurter, “considerado um importante integrante do realismo jurídico norte-americano. Foi justice da Suprema Corte, de 1939 a 1962, por indicação do presidente Franklyn Delano Roosevelt. Segundo ele, a prestação jurisdicional afasta-se de eventual ou suposta neutralidade, tão pregada pelo pensamento positivista e formalista, reconhecendo historicidade ao fenômeno jurídico”. (SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. **Revista dos Tribunais**, v. 874, p. 11, ago. 2008, DTR 2008\533).

²³ Perelman, citando François Geny, observou que “O presidente Magnaud queria ser ‘o bom juiz, clemente para com os miseráveis, severo para com os privilegiados.’ Não se preocupava com a lei nem com a doutrina, nem sequer com a jurisprudência, comportava-se como se fosse a encarnação do direito: ‘É a apreciação subjetiva’, escreve Geny, ‘que domina e anima, ao mesmo tempo, todo o processo de julgamento do presidente Magnaud. Ele pretende ver, por si mesmo e à primeira vista, o motivo da decisão. E, se recorre à lei, é para apreciar-lhe o valor segundo seu juízo pessoal. Assim, crítica do alto e sem medir palavras a jurisprudência estabelecida que não corresponderia a suas opiniões pessoais. Entretanto, mais grave ainda, essa apreciação subjetiva consiste apenas em considerações vagas, mais aptas a tocar o sentimento do que a firmar a razão, e que é, de qualquer modo, impossível de condensar, quer em princípios firmes, quer em meios práticos, constitutivos, em seu conjunto, de um sistema bem articulado”.

Robert Alexy postula, há muito, a necessidade de se conferir legitimidade argumentativa às Cortes de Justiça, de sorte a que, em última senda, seus pronunciamentos venham a fornecer conteúdo passível de compreensão, viabilizando concordância ou discordância racional aos destinatários dos provimentos ou à sociedade em geral. Para tanto, compreende adequada a utilização do modelo hermenêutico, capaz de agregar valores e racionalidade às decisões.²⁴

Estaria a razoabilidade equipada para atender à legitimidade argumentativa reclamada? Como, todavia, situá-la no âmbito da argumentação?

3. RAZOABILIDADE E LÓGICA: A RAZOABILIDADE É RAZOÁVEL?

Imagine-se o Administrador Público diante da seguinte situação hipotética: há duas necessidades públicas emergenciais, ambas correlacionadas à distribuição de recursos. A primeira diz respeito à educação e pode ser facilmente quantificada, porque traduzida na necessidade de compra de mantimentos para determinadas escolas; a segunda, contudo, é mais difusa, pois, alusiva à saúde, não permite de pronto a conversão em números,

(PERELMAN, op. cit., p. 97-98). Luís Guilherme Marques cita alguns dos julgados famosos proferidos pelo Presidente Magnaud: "Citemos algumas de suas decisões mais famosas: num julgamento famoso, que chamou a atenção de todo o país na época, inclusive tendo sido objeto de explorações político-partidárias, absolveu uma mulher por furto famélico; num outro julgamento absolveu um rapaz que não conseguia emprego e que era acusado de mendicância e vadiagem; absolveu uma mulher acusada de adultério, tendo fundamentado sua sentença no entendimento de que não havia prejuízo público, mas apenas para a vida dos próprios cônjuges; e, através de inúmeras decisões surpreendentes para a época, pretendeu a descriminalização do adultério, o reconhecimento do que depois se tratou como estado de necessidade, avançou no sentido do direito de greve, de segurança do trabalho, da valorização da mulher e sua igualdade em relação ao homem etc." (MARQUES, Luiz Guilherme. Texto integral disponível em <<http://ratione-temporis.blogspot.com.br/2006/05/paul-magnaud-o-bom-juiz.html>>. Acesso em 12.03.13).

²⁴ Flávio Pedron noticia o pensamento de Robert Alexy: "Em recente trabalho, Alexy busca justificar a legitimidade de uma Corte Constitucional não em razão da potencial participação e aceitação racional da sociedade, mas a partir do que ele considera uma representação argumentativa: 'The representation of the people by a constitutional court is, in contrast, purely argumentative. The fact that representation by parliament is volitional as well as discursive shows that representation and argumentation are not incompatible. On the contrary, an adequate concept of representation must refer – as Leholz puts it – to some ideal values. Representation is more than – as Kelsen proposes – a proxy, and more than – as Carl Schmitt maintains – tendering the repraesentandum existent. To be sure, it includes elements of both, that is, representation is necessarily normative as well as real, but these elements do not exhaust this concept. Representation necessarily claims to correctness. Therefore, a fully-fledged concept of representation must include an ideal dimension, which connects decision with discourse. Representation is thus defined by the connection of normative, factual, and ideal dimensions'. Nesse sentido, o déficit de legitimidade das Cortes Constitucionais poderia ser superado pela existência de pessoas capazes de avaliar as pretensões de validade de correção das normas." PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 48, 2008. p. 199.

já que políticas preventivas também devem ser levadas em consideração e de imediato não há como prever as necessidades da população nesta seara. Como resolver a questão? Qual a escolha razoável?²⁵

Uma vez tomada à decisão, seria mais ou menos razoável que, diante de alguma insurgência traduzida por ação judicial, o Poder Judiciário compreendesse de maneira diversa o que deveria ser tido como razoável.

Afinal, o que é razoável para a razoabilidade?

A indefinição do termo, causada por um paradoxo semântico²⁶, afasta a possibilidade de a razoabilidade ser traduzida sequer como forma de interpretação formal da linguagem utilizada (metalinguagem). Com efeito, a lógica proposicional, integrando o que se compreende por lógica clássica, estuda a validade de argumentos, relações de inferência e verdade das premissas, enunciados ou sentenças. Neste âmbito, regras de inferências clássicas como o *modus ponens*, *modus tolens*, silogismo hipotético, silogismo disjuntivo, ademais de “leis” ou princípios, como os da não contradição, dupla negação, tautologia, identidade, entre outros²⁷, contribuem para verificar a validade de determinado argumento, este compreendido como o resultado da análise de dois enunciados.

Um dos princípios proscritos na seara das lógicas clássicas é o da explosão, segundo o qual qualquer resultado pode advir de uma contradição.²⁸ No caso em estudo, admitindo-se a possibilidade de a decisão do Administrador a que se fez referência acima e a do juiz serem resultados de argumentos igualmente válidos, não há como compreender que ambos os provimentos sejam explicados em termos lógicos.

Ultrapassando a fronteira da lógica proposicional clássica e admitindo a colaboração da lógica paraconsistente, na forma como preconizada por Newton da Costa, talvez se pudesse cogitar da atribuição de um grau de crença/descrença à premissa que trouxesse a razoabilidade em seu

²⁵ Este exemplo se baseia no paradoxo de Newcomb, em que existem duas caixas, uma contendo uma quantia certa em dinheiro e outra, fechada, cujo conteúdo não se consegue ver, tendo leitor de escolher alguma delas sem saber, contudo, que algum ente Superior já anteviu a escolha, que, neste caso, não seria então verdadeiramente uma escolha. O ente superior, no caso do exemplo, seria a sociedade e as suas necessidades sentidas por cada cidadão como emergenciais, ao passo que o leitor seria o Administrador, ou, como se segue explicando no corpo do texto, o juiz. Para melhor explicação acerca do paradoxo citado: CARNEIRO, Maria Francisca. **Paradoxos no direito: lógica e teoria das categorias**. Porto Alegre: Nubria Fabris, 2009. p. 82.

²⁶ Para consulta e compreensão do paradoxo semântico: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/workingpapers/article/.../5724>>. Acesso 10.03.13.

²⁷ SILVESTRE, op. cit., p. 128-129.

²⁸ Explicação já apresentada em nota anterior.

enunciado.²⁹ Afastado o princípio da explosão, eventualmente pela “explosão gentil” a que faz referência o Autor mencionado³⁰, ainda assim não haveria como esquadrihar definitivamente a razoabilidade. Isso porque qualquer resultado decorrente de grau de crença ou descrença não seria definitivo enquanto atribuição de valor objetivo da cláusula. Não se trata de trivialidade, mas de definição de um conteúdo lógico mínimo da própria razoabilidade, o que não parece possível mesmo no âmbito das lógicas não-clássicas, ao menos sem o auxílio de alguma proposição teórica.

Alfred Tarski, estudando os paradoxos semânticos, cunhou a denominada teoria semântica da verdade, por meio da qual, partindo de uma definição indutiva da verdade, destaca que uma sentença verdadeira é feita somente com uma interpretação formal da linguagem utilizada³¹. Este sistema pode trazer contribuição para o estudo em foco, eis que traduziria a razoabilidade a partir de uma linguagem que pretende esclarecer paradoxos semânticos. A dificuldade, contudo, continua a residir no fato do vácuo metodológico para o alcance de tal escopo.

No Brasil, Maria Francisca Carneiro identificando que “O Direito pode ser paradoxal quando o sistema de leis e regras em geral apresentam-se como

²⁹ “De uma maneira geral, os experimentos sobre o emprego da lógica paraconsistente no direito consideram o texto de cada lei como uma proposição ou sentença lógico-matemática. Ou seja: cada lei é uma sentença unitária monolítica. Porém, temos imaginado que o texto de cada lei poderia ser considerado um complexo interativo de proposições, algumas mais precisas e objetivas e outras menos, como se cada lei fosse um sistema de camadas de linguagem, nas quais estão embutidos desde os aspectos claramente escritos, até os valores, os ideais, os interesses políticos etc.” (CARNEIRO, Maria Francisca. Paraconsistente. **Revista Bonijuris**, jul. 2012, Ano XXIV, v. 24, n. 7, p. 41-42).

³⁰ “Como dito em nosso resumo, a algumas décadas atrás, Tanislaw Jaśkowski (cf. [Jaśkowski, 1948]), David Nelson (cf. [Nelson, 1959]) e Newton da Costa (cf. [da Costa, 1963]), os fundadores da lógica paraconsistente, propuseram, independentemente, o estudo de lógicas que podem acomodar teorias contraditórias porém não triviais. (...) As Lógicas da Inconsistência Formal (LFIs, utilizando as siglas em inglês), introduzidas em [Carnielli e Marcos, 2002] e posteriormente estudadas em [Carnielli, Coniglio e Marcos, 2007], são lógicas paraconsistentes, isto é, tolerantes a contradições na medida em que o Princípio de Explosão não é válido irrestritamente. Assim, há uma ampliação do espaço lógico, que é dado pelo refinamento da equação: Contradição = Trivialização. Isso ocorre na medida em que introduzirmos a hipótese de consistência das premissas envolvidas na contradição, obtendo-se, então, uma nova equação: Contradição + Consistência = Trivialização A noção de consistência (e também a de inconsistência) é primitiva, sendo internalizada na linguagem através de um conjunto de fórmulas $O(A)$ de modo que, em termos formais $VA \vee B (A, \neg A, O(A)) \vdash B$. Conseqüentemente, as LFIs substituem o Princípio de Explosão por uma versão mais generalizada, denominada de Princípio de Explosão Gentil. Na maioria das LFIs encontradas na literatura o conjunto de fórmulas OA pode ser reduzido a uma única fórmula, denotada por $\circ A$, que expressa que a sentença A é consistente, ou que possui um ‘comportamento clássico’.” (VARELA, Diogo. Lógica paraconsistente: lógicas da inconsistência formal e dialeteísmo. **Revista Fundamento**, v. 1, n. 1, set./dez. 2010).

³¹ “Uma satisfação satisfatória de verdade será uma definição materialmente adequada e formalmente correta. Desse modo, em primeiro lugar, devemos especificar a estrutura da linguagem e, em segundo lugar, estabelecer o critério para a adequação material, conhecida como convenção T. A definição geral da verdade será uma conjunção lógica de todas as sentenças-T da linguagem.” (PEREIRA, Renato Machado. **Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Filosofia – Universidade Federal de São Carlos, 2009).

contraditórias, vagas e inconsistentes”³², sugeriu um interessante método para solucionar questões paradoxais do Direito.

Observando que o raciocínio silogístico vem sendo compreendido para determinado segmento doutrinário como de cunho lógico e, para outro, como eminentemente argumentativo, posiciona-se no sentido de que “aceitamos como válidas ambas as vertentes teóricas descritas anteriormente, considerando-as não excludentes entre si.”³³

Este parece ser, ao menos neste ponto, também o pensamento de outros Autores. Robert Alexy estrutura a sua teoria da argumentação em justificativa interna e externa, admitindo, contudo, parâmetros dogmáticos, empíricos e principiológicos correlacionados à estrutura silogística.³⁴ Neil MacCormick é bem enfático ao destacar, em duas de suas principais obras, que a justificativa de primeira ordem não solucionaria todas as querelas, fazendo-se necessário ao juiz recorrer à justificativa de segunda ordem, em cujo bojo questões como consequencialismo, interesse público e justiça afloram.³⁵ Chaim Perelman, tratando da nova retórica, posiciona o silogismo em quadrante destinado à escola da exegese, reclamando que a argumentação seja efetivada independentemente da exclusiva efetivação de tal método³⁶. Por fim, Stephen Toulmin também observa que “(...) apoiamos posições morais, fazemos juízos estéticos e declaramos apoio a teorias científicas ou causas políticas, apresentando, em cada caso (...) afirmações de tipo lógico bem diferentes da nossa própria conclusão”, a despeito de adotar teoria da argumentação que, fundada principalmente nos elementos “pretensão”, “razões”, “garantia” e “respaldo”, não afasta o silogismo como forma de resolução de conflitos.³⁷

³² CARNEIRO, *paradoxos*, op. cit., p. 15.

³³ *Ibid.*, p. 31.

³⁴ Ao tempo em que, no âmbito da justificação interna admite o silogismo, na justificação externa considera, entre outras formas de argumentos, a argumentação prática geral e empírica, ambas a induzir a utilização de valores. (ALEXY, op. cit., p. 219-229).

³⁵ MACCORMICK, op. cit., p. 127-140 e 215. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 69-102.

³⁶ “A argumentação se baseia, conforme as circunstâncias, ora nos valores abstratos, ora nos valores concretos; às vezes, é difícil perceber o papel representado por uns e outros. Quando dizemos que os homens são iguais porque filhos de um mesmo Deus, parecemos estear-nos num valor concreto para encontrar um valor abstrato, o da igualdade; mas poderíamos dizer também que se trata, nesse caso, apenas do valor abstrato que se expressa recorrendo, por analogia, a uma relação concreta; apesar do emprego do porque, o ponto de partida estaria no valor abstrato.” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 88).

³⁷ TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 178. Manuel Atienza destaca esta particularidade da teoria preconizada por Stephen Toulmin: “Poder-se-ia dizer que, enquanto os fatos ou razões são como ingredientes de uma torta, a garantia é a receita que permite obter o

Maria Francisca Carneiro ainda cita Aires José Rover, para quem a questão da lógica no Direito deve ser compreendida no contexto do caráter sistêmico³⁸ para, em seguida, observar que “parece possível construir sistemas lógicos que podem ser empregados em problemas que envolvam questões de vaguidade e incerteza, como ocorre em boa parte dos problemas a serem resolvidos no âmbito jurisprudencial (...)”³⁹. Para tanto, sugere a utilização de lógicas heterodoxas sobre bases silogísticas.⁴⁰ O método para o desenlace das situações paradoxais – entre as quais incluo o paradoxo semântico em que se situa a razoabilidade – seria a adoção da teoria das categorias, principalmente utilizando a união, por meio da qual os elementos de uma proposição jurídica comunicados às outras passam a ser comum entre ambas⁴¹; a substituição⁴²; a amalgamação⁴³; a regularidade⁴⁴; a escolha⁴⁵; e o paralelismo⁴⁶, isomorfismos⁴⁷, ademais das relações simétricas e assimétricas.⁴⁸

resultado, combinando os ingredientes. Ou, dito de outro modo, a distinção entre razões e garantia é a mesma que se estabelece na argumentação jurídica entre enunciados de fato e normas.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 139).

³⁸ CARNEIRO, **paradoxos**, op. cit., p. 32.

³⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁰ Lógicas heterodoxas, para a Autora, “relacionam-se com contradições e lacunas; ou podem estar simultaneamente voltadas tanto às contradições, como às lacunas.” (Idem)

⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

⁴² “É uma das operações fundamentais do pensamento em todos os campos e, por isso, a substituição é considerada uma das regras fundamentais de inferência, segundo a qual é permitido inferir de uma fórmula A uma outra fórmula A, substituindo uma variável em A por uma fórmula B.” (CARNEIRO, **paradoxos**, op. cit., p. 56).

⁴³ “Neste trabalho, a amalgamação refere-se à justaposição dos elementos de uma proposição jurídica à outra, de natureza igual ou diferente, como resultado da comunicação e interação entre elas. Desse modo, pode-se amalgamar dois, três ou mais elementos; entre duas, três ou mais proposições jurídicas justapostas. Evidentemente, quanto maior for o número de elementos e de proposições jurídicas justapostas, mais complexo será o trabalho de amalgamação.” (*Ibid.*, p. 57).

⁴⁴ “(...) Cabe-nos verificar, ao analisarmos os paradoxos do Direito, se a regularidade entre eles pode ser considerada com uma regra ou não. Poderemos avaliar se o referido elemento é indispensável, de acordo com a regra da regularidade. Nesse sentido, ele seria uma espécie de condição para a interpretação, no caso, dos paradoxos no Direito.” (*Ibid.*, p. 58).

⁴⁵ “(...) A escolha é um procedimento através do qual uma possibilidade é assumida, adotada, decidida ou realizada de um modo qualquer, preferentemente a outro.” (*Ibid.*, p. 59).

⁴⁶ “De um modo geral, a ideia de paralelismo – desde as paralelas de Euclides – remonta à ideia geométrica de dimensões diferentes de uma mesma realidade (haja vista a geometria multidimensional). Cada um dos segmentos pode ser considerado como uma dimensão e, portanto, pode ser mensurado em separado. Todavia, ao final, para um resultado unitário, as diferentes dimensões devem ser apreciadas como um todo e sobre elas podem ser estabelecidas relações comparativas quanto à forma, similitudes, diferenças e proporções em geral.” (*Ibid.*, p. 59-60).

⁴⁷ “Os isomorfismos são funções lógicas usualmente empregadas para indicar a relação entre relações homogêneas de dois ou mais termos e geralmente consiste na correspondência termo a termo.” (*Ibid.*, p. 60).

⁴⁸ “Quanto ao problema das simetrias, assimetrias e antissimetrias, diz-se que é a mensurabilidade da proporção entre dois termos, nos dois sentidos (por exemplo, ‘irmãos’ representa uma relação simétrica porque um é irmão do outro e o outro é irmão do um).” (Idem).

Trazendo a aplicação da teoria de categorias na forma alinhavada pela Autora ao paradoxo semântico da razoabilidade no exemplo hipotético formulado no início deste tópico, temos, consoante conclusão do Autor deste ensaio, que⁴⁹:

1) União: a compreensão da razoabilidade adviria do posicionamento adotado pelo Administrador Público e pelo juiz, servindo de norte para decisões futuras, até que os meandros fáticos sociais estejam esquadrinha-dos à completude (ou ao menos em grande parte) e o paradoxo, em si, já não possa assim ser qualificado.

2) Substituição: tanto o posicionamento do Administrador como o do juiz seriam tomados como variáveis alternativas a compor uma fórmula final alusiva à definição da razoabilidade.

3) Amalgamação: os elementos obtidos com a compreensão tanto do Administrador como do juiz seriam justapostos, de sorte a elaborar uma definição final da razoabilidade, o que orientaria futuros casos.

4) Regularidade: a frequência e forma como entendimentos externados tanto pelo juiz como pelo Administrador viriam a sedimentar a maneira como o paradoxo seria resolvido em casos ulteriores.

5) Escolha: as escolhas feitas tanto no âmbito da Administração como pelo judiciário consubstanciariam forma de *ratio decidendi* para nortear a resolução de questões similares vindouras.

6) Paralelismos: definições paralelas da razoabilidade (mesma realidade) adotadas pelo Administrador ou pelo juiz contribuirão para o desenvolvimento de moldura comum a, como resultado final unitário, viabilizar o estabelecimento de relações comparativas quanto à forma, similitudes, diferenças e proporções referentes ao tema.

7) Isomorfismos: neste ponto, deverá ser verificado se o resultado da aplicação da razoabilidade para o Administrador e o juiz são isomórficos uns em relação aos outros. Identificando coincidências ou similitudes, será possível, na mesma linha, ter um padrão comum referente à fórmula, que, doravante, poderá ser aplicado em situações conexas.

8) Relações simétricas e assimétricas: analisar se, a partir da compreensão dada pelo Administrador ou pelo juiz em relação ao paradoxo semântico, seria possível extrair padrões simétricos ou assimétricos (estes de certa forma também simétricos, ao contrário), para, a partir disso, construir enunciados atômicos que correspondam ao conceito em si.

⁴⁹ Estas conclusões que seguem no corpo do texto a partir deste ponto não foram expostas pela Autora da teoria, senão compreendidas pelo Autor deste ensaio, de modo que eventualmente podem não se adaptar, total ou parcialmente, ao pressuposto teórico muito bem desenvolvido por Maria Francisca Carneiro.

Como se pode perceber, a lição de Maria Francisca Carneiro, se bem compreendida, é esclarecedora e de fato contribui em muito não apenas para deslindar o paradoxo semântico em que se insere a razoabilidade, senão também para estabelecer de certa forma uma correlação entre o Direito, a lógica e, em último grau, também a retórica.

A dificuldade, no entanto, da aplicação da teoria proposta é prática, eis que em todo o itinerário correspondente à aplicação, a visão parece se situar um passo além da resolução do caso inaugural. Primeiro se externa algum posicionamento, seja em âmbito Administrativo ou judicial para, após, em casos vindouros, efetivar-se a união, amalgamação, regularidade, escolha e demais, com o fito de clarificar a definição de casos situados no porvir. Tal resolveria à plenitude a problemática com o passar do tempo e definição do paradoxo (que assim deixaria de ser qualificado, destaque-se), mas deixaria sem embasamento o(os) primeiro(s) do(s) caso(s) analisado(s).

Outra dificuldade, que também se pode vislumbrar e contrapor ao método, é a pragmática, já que o Judiciário e a Administração não parecem imbricados sob o ponto de vista de circulação de ideias e posicionamentos. Se, por um lado, ao juiz falta o conhecimento gerencial da máquina pública no tocante à realidade e atualidade da distribuição de recursos, gastos, alocações de receitas etc; de outro flanco, ao Administrador dificilmente parecerá conveniente o conflito intersubjetivo ser resolvido em benefício do postulante se em contraposição ao direito posto, ainda que afrontoso a vetores axiológicos que embasam o sistema.

O lapso informacional entre a Administração Pública e o Poder Judiciário pode, neste ponto, inviabilizar a aplicação da teoria tão bem lançada, dificultando ou até inviabilizando mesmo a definição do paradoxo. A problemática não se insere na proposta teórica, senão em sua aplicação prática.

Dessa forma, talvez se pudesse cogitar da resolução do paradoxo da razoabilidade no interior do próprio Poder Judiciário, adotando-se lições já externadas por outros pretórios.

Nos Estados Unidos da América, *verbi gratia*, tentou-se esquadriñar a razoabilidade por meio de questionário a ser formulado aos advogados e observado pelos Julgadores por ocasião da análise do conflito⁵⁰. Em

⁵⁰ Letícia de Campos Velho Martela, em muito interessante e esclarecedor artigo científico, noticia "Com o intuito de estruturar a linha de motivação e de argumentação dos juizes na aferição da razoabilidade, a Suprema Corte, desde os primórdios da aplicação do devido processo legal substantivo, utiliza-se de um roteiro formal, um guia, intitulado teste de razoabilidade. A utilização do teste fornece aos julgadores e aos destinatários da decisão maior segurança e previsibilidade. O teste da razoabilidade admite a seguinte esquematização: a) Há privação de um

Portugal, Itália e Espanha, o tema vem sendo objeto de estudo e preocupação.⁵¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em resposta à indagação feita pelas Repúblicas da Argentina e Uruguai acerca da aplicação da razoabilidade, conveniência e regularidade nas “leis internas”, pontuou que a razoabilidade implica um juízo de valor, devendo ser utilizada como parâmetro de interpretação de tratados e decisões judiciais e critério para aferição de validade de atos estatais.⁵² A Corte de Haia, por sua vez, traz em seu estatuto, no artigo 38, incisos 4 e 6, a possibilidade de decisão de um litígio com base normativa que pode acomodar a razoabilidade, sem, contudo, defini-la⁵³.

Direito Fundamental? a.1. O Direito Fundamental é tutelado pelo princípio do devido processo legal? a.2. Existe efetivamente uma privação do Direito Fundamental provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal? a.3. Qual o grau desta privação? b) O fim almejado pelo Estado é legítimo, real e apto a justificar o meio? b.1. Existe nexo de causalidade entre o meio escolhido e o fim pretendido? b.2. Não existe meio alternativo menos intrusivo no direito Fundamental hábil a conduzir ao fim pretendido?”, destacando, em nota de rodapé, que “O teste da razoabilidade foi formulado no final do século XIX, no caso *Lawton v. Steele*, no voto majoritário da lavra do Justice Brown. Desde lá, seja de forma explícita ou tácita, a Suprema Corte segue, basicamente, o roteiro argumentativo do teste da razoabilidade.”. (MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346, abr. 2005).

⁵¹ Entre os dias 15 e 17 de novembro de 2012, em Lisboa, na sede do Tribunal Constitucional Português, reuniram-se delegações dos Tribunais Constitucionais Português, Italiano e Espanhol para a XIV Conferência Trilateral entre os pretórios referidos. Na oportunidade, ficou definida a temática para a XV Conferência Trilateral, em outubro de 2013, na sede do Tribunal Constitucional da República da Itália, com o tema “o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos tribunais europeus.” O tema, portanto, vem sendo estudado, o que demonstra preocupação acerca da aplicação judicial dos princípios mencionados, notadamente na jurisdição constitucional. Integra do texto referente à XIV Conferência Trilateral pode ser obtido em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XIV%20CONFERENCIA%20TRILATERAL.pdf>>. Acesso em 10.03.13.

⁵² O posicionamento mencionado foi externado por oportunidade da Opinião Consultiva Oc N. 13/93, De 16 De Julho De 1993, em resposta à seguinte indagação: “Quanto aos artigos 41 e 42, pede-se à Corte que dê a sua opinião quanto à competência da Comissão para qualificar e dar a sua opinião, como fundamento da sua intervenção, no caso de comunicações que alegam uma violação aos direitos protegidos pelos artigos 23, 24 e 25 da Convenção, sobre a regularidade jurídica de leis internas, adotadas de acordo com o disposto pela Constituição, quanto à sua “razoabilidade”, “conveniência” ou “autenticidade”. A resposta da Corte, quanto à razoabilidade, foi a seguinte: “A “razoabilidade” implica um juízo de valor e, aplicada a uma lei, uma conformidade com os princípios do sentido comum. Igualmente, utiliza-se referida a parâmetros de interpretação dos tratados e, por conseguinte, da Convenção. Sendo razoável o justo, o proporcionado e o eqüitativo, por oposição ao injusto, absurdo e arbitrário, é um qualificativo que tem conteúdo axiológico que implica opinião, porém, de alguma maneira, pode ser empregado juridicamente como, de fato, fazem com frequência os tribunais, pois toda atividade estatal deve não somente ser válida, mas também ser razoável”. Como se pode perceber, nenhum parâmetro argumentativo, retórico ou lógico foi estabelecido para fins de compreensão acerca da razoabilidade, conquanto se reconheça tal princípio não apenas como parâmetro de interpretação, senão fundamento judicial para aferição da validade da atuação estatal. A íntegra da opinião Consultiva pode ser verificada em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2127opiniao.htm>>. Acesso 13.03.13.

⁵³ Trata-se dos princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas, entre os quais a razoabilidade; e, ainda, a utilização da equidade (*ex aequo et bono*), se convier às partes. Integra do estatuto pode ser consultado em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cij-estat._corte_intern._just.pdf>. Acesso 10.03.13.

Nos países e cortes mencionados, mesmo adotando a compreensão da razoabilidade destacada, ainda não se verifica o alcance de uma linguagem própria afeta ao tema. A prova desta afirmação passa pela alteração da própria jurisprudência da Corte Suprema Norte-americana quanto a metodologia apta a analisar a violação do *due process of law*, ora por escrutínio estrito, ora mais largo, diante do mesmo questionário.⁵⁴ Vê-se, pois, que o paradoxo, inserido ou não em uma moldura articulada, não altera sua natureza.

No Brasil, contudo, sequer se pode dizer que no âmbito da mais alta Corte exista algum método racional para utilização de vetores axiológicos externados por meio de princípios ou cláusulas abertas⁵⁵. Quando muito, utilizam-se precedentes como forma de dar consistência à postura assumida. Note-se que problema nenhum existe na utilização de precedentes para fins de motivação – ao contrário, é mesmo recomendável, a fim de garantir consistência ao sistema⁵⁶. Entretanto, tal não se presta a assegurar que a decisão haurida do *leading case* que desencadeou toda sequência de precedentes tenha resolvido o caso com base em argumento compreendido como sólido⁵⁷. Talvez possa até ter sido fundamentada, mas isso não

⁵⁴ MARTEL, op. cit., p. 348.

⁵⁵ A ausência de critérios mais estritos, formatados ou ainda que esquadrihados em roteiro, como no caso da Suprema Corte norte-americana, tem gerado críticas acadêmicas pertinentes ao excesso de intrusão do Poder Judiciário em todos os assuntos que digam respeito aos demais Poderes, ao ponto de o Ministro do Supremo Tribunal Federal opinar acerca da existência ou não de numerário na Administração Pública para cumprimento de obrigações fixadas em lei, como o fez o Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do pedido liminar de Suspensão de Segurança n.º 3154-6/RS, tendo em sua decisão reconhecido que, a despeito de a Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94 que fixa data limite para pagamento dos salários dos servidores públicos ter sido declarada constitucional pela Corte, “é notório que a administração pública estadual não dispõe, neste momento, de recursos financeiros para o cumprimento de todas as suas obrigações.”. Observa Rogério Gesta Legal, que também citou o caso ora descrito, que “Estar-se-ia diante daquilo que Bork chama de substituição do Estado de Direito pelo Estado dos Juízes, haja vista que, em face da natureza, alcance e impacto político e econômico das decisões judiciais, estariam elas pautando políticas públicas e gestão de interesses coletivos que competiriam aos demais poderes instituídos.” O problema, segundo o Autor, “sempre, será o de criarem-se critérios controláveis dos limites desta realização jurisprudencial, para que não usurpe competências institucionais constitucionalmente legítimas (...)”. (LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19-21). Não se pretende na presente oportunidade sequer opinar acerca da atuação ativista ou não do Poder Judiciário. Apenas se objetiva evidenciar que, adotando ou não postura que possa ser considerada enquanto tal, o Poder Judiciário não poderá se servir apenas de princípios, adágios ou cláusulas abertas, ainda que constitucionais; ao contrário, deverá argumentar, expor razões, raciocínios dotados de lógica – em quaisquer de suas acepções –, argumentos sólidos passíveis de comprovação e, acima de tudo, explicar o que fez e com base em que determinada tese ou linha argumentativa fora agasalhada.

⁵⁶ ALEXY, op. cit., p. 554-559.

⁵⁷ Irving M. Copi fornece precisa explicação acerca da definição do argumento e sua utilização: “Para que um argumento esteja presente, uma dessas proposições afirmativas deve decorrer de outras proposições declaradas como verdadeiras, as quais se apresentam como base para a conclusão – ou como razões para se acreditar na conclusão”. Adiante, também destaca o que se pode compreender como sendo um argumento sólido: “Há raciocínios perfeitamente válidos que têm conclusões falsas – mas devem ter, pelo menos, uma premissa falsa. O termo ‘sólido’ é introduzido para caracterizar um argumento válido cujas premissas são todas verdadeiras. Um raciocínio dedutivo

garante que tenha havido argumentação quanto ao melhor direito⁵⁸ a ser realizado no caso em foco.

A incerteza na argumentação – ou mesmo a sua ausência – equivale, em tudo e por tudo, à falta de previsibilidade do próprio comportamento estatal, privando a sociedade de indicadores comportamentais seguros a observar e que, eventualmente, poderiam até mesmo evitar futuros conflitos. Isso porque ademais de resolver a *res de qua agitur*, a decisão judicial também produz efeitos externos, tanto ao segmento afetado com o cerne do *decisum*, como à sociedade como um todo.⁵⁹

A solução, então, estaria no abandono da lógica aplicável ao paradoxo semântico e à busca da justiça no caso concreto?

4. A JUSTIÇA É A SOLUÇÃO? OU MAIS UMA OPÇÃO?

Em Ponta Grossa, Estado do Paraná, vige a Lei Municipal nº. 7.307/2003, que no artigo 1º determina o fechamento de bares que comercializem bebidas alcoólicas às 2 h. Assim dispõe a ementa da Lei: “*DISPÕE SOBRE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DOS BARES QUE COMERCIALIZEM BEBIDAS ALCOÓLICAS NO MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.*”.

não consegue estabelecer a verdade de sua conclusão se não for sólido, o que significa que não é válido, ou então que nem todas as suas premissas são verdadeiras.” (COP1, Irving M., *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 31-39).

⁵⁸ O termo “melhor direito” pode eventualmente direcionar erroneamente o leitor à controvérsia existente entre Autores que compreendem que cada caso comporta uma solução apenas, afora qualquer outra, posicionamento adotado, entre muitos, por Ronald Dworkin, ou que diversas respostas à indagação apresentada ao juiz e materializada na forma de conflito são adequadas, escolhendo-se uma ou outra de acordo com critérios argumentativos, caso da teoria perfilhada por Neil MacCormick. Entretanto, não é esta a intenção da expressão utilizada, devendo ser compreendida apenas como o produto final do exercício da competência judicante, isto é, o provimento decisório definitivo proferido que reconheça e adjudique ao postulante determinado direito vindicado.

⁵⁹ O juiz não pode desconsiderar o fato de que sua decisão espalhará efeitos para além do caso em si. Tratando de conflitos econômicos que envolvam instituições financeiras, por exemplo, a consolidação de determinado posicionamento acerca de taxas de juros ou legalidade de tarifas contratuais poderá ensejar que o crédito fique mais ou menos caro no mercado. A fixação de indenização quando verificado comportamento ilícito poderá ensejar maior precaução das pessoas jurídicas em relação ao direito vindicado. Estes são alguns de muitos exemplos possíveis, aptos a demonstrar que tão importante quanto a decisão final é o direcionamento que o caso aponta. Armando Castelar Pinheiro, a propósito, observa que “Tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas a pequenos grupos.” (PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 244).

O artigo 1º e seus §§ determinam que:

Art. 1º: Os bares que comercializem bebidas alcoólicas no Município de Ponta Grossa, não poderão funcionar após as duas horas da manhã, tendo o horário previsto para início de suas atividades fixado à critério próprio, não antes das sete horas da manhã. § 1º - Estão sujeitos ao horário fixado no “caput” deste artigo os estabelecimentos comerciais que funcionem de portas abertas, sem isolamento acústico, sem estacionamento e funcionários destinados à segurança e ainda aqueles que atrapalhem o sossego público. § 2º - Não estão sujeitos ao horário fixado no “caput” os bares de hotéis, bares ou lanchonetes que dispõem de música ao vivo, flats, clubes, associações.⁶⁰

Semelhante regramento existe em Diadema/SP, Lei Municipal nº. 2.107/02, que ficou conhecida como Lei de Fechamento de Bares. Dados oficiais alusivos à aplicação da lei, devidamente fiscalizada por de 6 a 15 agentes e de 3 a 8 fiscais da prefeitura, registram uma redução na taxa de homicídios de 90,74%. Segundo noticiado pela imprensa, a política pública que resultou na elaboração da Lei foi apontada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das dez melhores de combate ao consumo de álcool, sendo, ainda, determinante para a diminuição no número de homicídios em Diadema. “A cidade em 1999 tinha a maior taxa de assassinatos do estado de São Paulo – 102,8 mortes para cada 100 mil habitantes – e, em 2011, reduziu esse índice para 9,52 para cada 100 mil habitantes.”⁶¹

Conquanto o resultado, neste caso, tenha sido profícuo no tocante à redução da taxa de homicídios, seria o regramento posto justo, ainda que legitimado pela maioria parlamentar, em relação aos empresários que exploram atividade de venda de bebidas alcoólicas, tendo o período noturno como de maior renda? Dito de outra forma: a compreensão estatal, consubstanciada no advento de norma proibitiva no direito positivo, acerca do que seria melhor para a sociedade realmente se afigura mais justa ou adequada aos anseios da sociedade?

⁶⁰ Texto disponível na íntegra em <<http://www.leismunicipais.com.br/legislacao-de-ponta-grossa/414026/lei-7307-2003-ponta-grossa-pr.html>>. Acesso em 02.02.13.

⁶¹ Texto integral disponível em <<http://correiodobrasil.com.br/dez-anos-depois-de-implementar-lei-de-fechamento-de-bares-diadema-reduz-homicidios-em-90/470694/>>. Acesso em 02.02.13.

Exemplos na linha do que ora fora destacado existem ora no tocante ao conteúdo moral de normas abstratas (como a mencionada), ora revelando conteúdo moral em decisões judiciais, esta bem representada pelo V. Julgado da Corte Suprema da Austrália que, em 15/08/2012, compreendeu constitucional a entrada em vigor da lei que dispõe sobre a promoção dos cigarros, determinando, entre outras proibições, que empresas do setor no país não poderão colocar seus logos nos maços, mas deverão exibir imagens de bocas afetadas pelo câncer, olhos cegos e crianças doentes, enquanto todos os maços terão a mesma cor verde. Neste caso, concorde-se ou não com as disposições legais, o conteúdo moral da norma, retratado pela declaração da ministra-adjunta de Saúde da Nova Zelândia, Tariana Turia quanto à necessidade da lei, porque “O fumo é a maior causa de morte evitável”, foi corroborada judicialmente, em análise que não se ateuve apenas aos aspectos formais de elaboração do preceito legal, avançando ao exame do que seria mais adequado à sociedade⁶².

Esta forma utilitarista de compreender o que seria mais justo parte de alguns pressupostos: a) faz-se necessário que o regramento ou a política pública externada pelo aparelho estatal tenha como escopo a maior felicidade para o maior número de membros da sociedade; b) deve ser adotado o ponto de vista das “pessoas de carne e osso”, afastando eventuais recomendações/ordens não verificáveis de entes abstratos; c) a lei/política pública não pode fazer distinções, sendo, nesse sentido, imparcial; d) a lei/política pública não pode discriminar, a não ser que comprove ser tal dado necessário para evitar o prejuízo do maior número de pessoas na sociedade.⁶³

Contudo, se, *primo ictu oculi*, a solução utilitarista parece mais adequada e justa, tampouco se revela isenta de críticas, como exposto pela teoria que talvez se contraponha de maneira mais ferrenha: a libertária. Indo além da crítica pertinente à falta de esclarecimento dos termos “utilidade” e “maximização da utilidade”⁶⁴, os Autores libertários relembram, pela voz de Robert Nozick, que:

⁶² Texto integral disponível em <<http://www.valor.com.br/internacional/2789678/australia-retira-marcas-dos-macos-de-cigarro#ixzz24MKhq7JW><http://www.valor.com.br/internacional/2789678/australia-retira-marcas-dos-macos-de-cigarro#ixzz24MKbE20d>>, Acesso em 05.02.13.

⁶³ Para uma ampla análise teórica acerca do utilitarismo, vide, entre muitos Autores, Will Kymlicka. (KYMILICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11-62).

⁶⁴ O termo “utilidade” apresenta, mesmo no âmbito do utilitarismo, diversas feições, podendo ser compreendido: a) como hedonismo do bem-estar; b) utilidade de estado mental não-hedonista; c) satisfação de preferências; d) preferências informadas. A maximização da utilidade, por sua vez, não parece resolver a questão das “preferências ilegítimas”, “desconsideração das preferências de minorias” ou, tampouco, se deve ser vista como um “padrão de correção” ou “padrão de decisão”. Não sendo esta a oportunidade adequada para se aprofundar o estudo da temática, o que demandaria trabalho especificamente voltado para este fim, remete-se o leitor ao Autor anteriormente mencionado, que aborda todas estas questões e críticas. (KYMILICKA, op. cit., p. 12-59).

A teoria utilitarista se complica com a possibilidade de surgirem monstros de utilidade que, no âmbito dela, obtenham do sacrifício dos outros benefícios muitíssimos maiores do que as perdas por eles sofridas. Isso porque, de maneira inaceitável, a teoria parece exigir que sejamos todos sacrificados no ventre do monstro a fim de aumentar a utilidade geral.

...

A maximização da felicidade geral exige que se continue a acrescentar pessoas até que sua utilidade líquida seja positiva e suficiente para contrabalançar a perda em utilidade que a presença delas no mundo causa aos outros. A maximização da utilidade média permite que um indivíduo mate todos os outros se isso o fizer entrar em êxtase, deixando-o, portanto, mais feliz que a média. (...) É correto matar alguém desde que você o substitua imediatamente por outra pessoa (tendo um filho ou, em um modelo de ficção científica, criando uma pessoa adulta) cuja felicidade será equivalente à felicidade que a pessoa que você matou teria até o fim da vida?⁶⁵

Pautada, pois, na ausência de paternalismo legal (o Estado não deve proteger o ser humano de si mesmo se sua conduta não violar direitos de outrem; e, tampouco, adotar diretrizes de conduta ou comportamento), conteúdo moral na legislação ou decisões judiciais e redistribuição de riquezas ou rendas, a concepção libertária da justiça refuta os parâmetros utilitaristas.⁶⁶

Efetivamente, casos há em que a compreensão estatal – um tanto paternalista – acerca do melhor direcionamento comportamental da sociedade poderá, em prol de muitos, sacrificar poucos, revelando-se ainda mais gravoso o quadrante fático se a situação contar com amparo judicial sob o título da razoabilidade.

O Ministério do Trabalho e Emprego vem, segundo noticiado pela imprensa, analisando o deferimento de alvarás judiciais para que menores de idade exerçam atividade laborativa, a despeito dos preceptivos constitucionais que constituem vedação a este intento⁶⁷.

⁶⁵ NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 51-52.

⁶⁶ KYMLICKA, op. cit., p. 119-202.

⁶⁷ Informações acerca do noticiado podem ser obtidas em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/.../10/...judiciais-para-trabalho.../print>> Acesso em 04.02.13. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, analisou a questão em virtude do **pedido de providências n.º. 0005958-45.2010.2.00.0000** apresentando pelo Ministério Público do Trabalho e, no

De acordo com os dados da Relação Anual de Informações Sociais (Rais) de 2011, houve redução de 58% nas autorizações judiciais de trabalho concedidas para crianças ou adolescentes, em comparação a 2010. No total, foram concedidas 3.134 autorizações em 2011. Em 2010, constatou-se a liberação de 7.421 casos.

Dados da Relação Anual de Informações Sociais (Rais) de 2011 apontam redução de 58% nas autorizações judiciais de trabalho, concedidas para crianças ou adolescentes, em comparação a 2010. Estados como Ceará, Alagoas, Sergipe e Piauí, além do Distrito Federal, apresentaram uma redução de mais de 70%. Já Roraima não registrou nenhuma autorização judicial no ano passado.

Outro resultado expressivo é a redução em casos de crianças na faixa de 10 a 13 anos, em que não há nenhuma previsão legal de trabalho. Para esta faixa etária, os resultados evidenciaram uma queda de 622 casos em 2010 para 181 no ano de 2011.

A Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) do Ministério do Trabalho e Emprego investiga todas as empresas que declaram manter uma criança ou um adolescente em situação de trabalho sob a tutela de um alvará judicial e avalia a real situação do emprego.

Durante as operações, são encontradas crianças ou adolescentes em atividade proibida para menores de 18 anos sem nenhum tipo de alvará judicial que os autorizem a trabalhar. Nesses casos, os auditores realizam o afastamento imediato do menor e autuam o empregador.

Existem alguns casos em que a autorização judicial ainda está em vigor e os auditores realizam o trabalho de sensibilização junto ao poder Judiciário com a finalidade de revogar o alvará.⁶⁸

mérito, conquanto entendendo que a matéria se revela de conteúdo jurisdicional – e, portanto, não administrativa, a autorizar a intervenção do Conselho – deliberou no sentido de “RECOMENDAR aos Tribunais de Justiça que adotem medidas que visem adequação das diretrizes pertinentes às atuações conjuntas consecutadas com o Ministério Público do Trabalho, objetivando, mormente, combater o trabalho infantil.”, como se pode depreender do voto-vista parcialmente divergente proferido pela Conselheira Morgana Richa. Texto integral disponível em <[http://www.cnj.jus.br/Infojuris/downloadDocumento.seam;...1...>](http://www.cnj.jus.br/Infojuris/downloadDocumento.seam;...1...). Acesso em 03.02.13.

⁶⁸ Texto integral disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/10/02/autorizacoes-judiciais-para-trabalho-infantil-reduzem-58-em-um-ano>>. Acesso em 08.11.12.

De fora parte a especificidade dos casos, considere-se que tais se verificam em sua maioria em regiões bem pobres do Brasil, locais aonde o estudo em contraposição ao trabalho pode ser redefinido por passar fome ou não. Em casos dessa natureza, o que seria razoável: considerar a necessidade – e não propriamente a felicidade – coletiva ou o direito individual de índole fundamental que emana da Carta da República? Haveria ou não espaço para aplicação da razoabilidade em ambos os sentidos, quer flexibilizando a normatização constitucional, quer a reafirmando? Ao que parece, a ausência de um conteúdo mínimo do princípio da razoabilidade pode mesmo conduzir ao princípio da explosão: ante duas contradições, qualquer resultado pode advir.

Prossigamos, no entanto, no estudo de algumas outras correntes do pensamento jurídico a fim de verificar se podemos nelas encontrar elementos que auxiliem na compreensão da moldura argumentativa da razoabilidade.

Hans Kelsen, em linhas introdutórias do livro “O Problema da Justiça” observa que:

O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. O resultado é um juízo exprimido que a conduta é tal como – segundo a norma de justiça – deve ser, isto é, que a conduta é valiosa, tem um valor de justiça positivo, ou que a conduta não é como – segundo a norma de justiça – deveria ser, porque é o contrário do que deveria ser, isto é, que a conduta é desvaliosa, tem um valor de justiça negativo.⁶⁹

A Justiça, então, estaria localizada no âmbito do regramento normativo positivado? Afastar-se-iam, desde logo, valores que eventualmente ultrapassassem eventual previsão legal?

Em primeira visada, a resposta que vem à mente é negativa, o que pode ser explicado pela sucessão de eventos históricos que culminaram com atrocidades quando aplicado regramento legal com pequeno traço – se é que de fato houve algum – valorativo, figurando talvez como principais

⁶⁹ KELSEN, op. cit., p. 4.

exemplos a política nacional-socialista na Alemanha e o fascismo na Itália, ambos por ocasião da Segunda Guerra Mundial⁷⁰.

Ultrapassados parâmetros utilitaristas, libertários ou positivistas, parece advir do ensinamento histórico que o direito natural, contraposto ao positivismo e apto, em tese, a figurar no cerne da razoabilidade, pode garantir que se evitem desigualdades ou manifestas violações aos direitos e liberdades públicas.

A situação, todavia, não pode restar encerrada com sobredita análise, eis que o direito natural, porquanto apto a embasar ampla margem de análise valorativa, pode representar em sua aplicação maior desigualdade do que a que se pretende evitar com a norma positivada e despida de conteúdo axiológico. John Hart Ely, citando o julgamento pela Suprema Corte norte-americana, do caso *Bradwell vs. Illinois*, em 1872, em que fora negada a pretensão da senhorita Bradwell a se tornar uma advogada, assim transcreveu o voto do juiz Bradley:

O direito civil, assim como a natureza, sempre reconheceu uma grande diferença nas respectivas esferas de ação e destinos do homem e da mulher... A constituição da organização familiar, baseada na ordem divina e na própria natureza das coisas, indica a esfera doméstica como aquela que pertence de maneira mais adequada ao domínio e às funções do mundo feminino... O destino e a missão mais importantes da mulher é preencher as nobres e benéficas funções de esposa e mãe. Essa é a lei do Criador.⁷¹

⁷⁰ Robert Alexy descreve, a propósito da aplicação de regras sem conteúdo axiológico por ocasião da Segunda Guerra Mundial, o 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941, que, em seu §2º, privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. Noticia que o Tribunal Constitucional Federal se viu na contingência de decidir se, por força de tal Decreto, um advogado judeu que havia emigrado para Amsterdã pouco antes da Segunda Guerra Mundial, devida perder a cidadania alemã. Ao final, compreendeu o Tribunal que o Decreto seria nulo *ab initio*, assim constando na fundamentação: “O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE 2, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos jurídicos nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais de justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais.” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 7).

⁷¹ ELY, op. cit., p. 67-68.

O direito natural, precisamente por admitir que se externe como regramento a percepção pessoal e desprovida de balizas de quem julga a causa, não se presta a garantir uma decisão equânime. O problema se situa na sua própria abordagem, que ou generaliza infinitamente os fins da norma tal qual percebida pelo Julgador (o que decerto envolve aspectos políticos, econômicos, históricos, religiosos, antropológicos e outros), ou trata casuisticamente situações iguais, alcançando resultados diversos. Dessa sorte, “o direito natural foi invocado em apoio a todo tipo de causas (...) – algumas dignas, outras abomináveis – e muitas vezes em ambos os lados da mesma questão.”⁷²

Deveras, outro modo de analisar a questão, já que o positivismo estrito e o direito natural, só por si, não parecem conduzir a um caminho de justiça definitivo, seja compreender ambos em conexão.

Nessa linha, cogita-se do positivismo inclusivo e ético, contrapostos ao positivismo exclusivo, este caracterizado por não aceitar “a incorporação da moral pelo direito” e compreender que “(...) a validade jurídica de uma norma jamais poderá estar sujeita a considerações e argumentos de índole moral.”⁷³

O positivismo inclusivo, brando ou *soft positivism*, caracteriza-se pela compreensão de que a moral – no contexto do texto representada pelo direito natural – pode desempenhar importante papel no reconhecimento e validade de normas jurídicas. Podem, assim, ser estabelecidas ligações entre o direito e a moral, mas não de maneira necessária, apenas contingencial, correlacionada à insuficiência do regramento posto em determinado caso concreto.⁷⁴

⁷² *Ibid.*, p. 67.

⁷³ Amélia Sampaio Rossi assim leciona acerca do positivismo exclusivo: “O positivismo exclusivo ou restrito, ao contrário do tipo anterior, não aceita a incorporação da moral pelo direito e entenderá, portanto, que a validade jurídica de uma norma jamais poderá estar sujeita a considerações e argumentos de índole moral. Joseph Raz, que é um dos principais normas deste modelo de positivismo, entende que a validade das normas jurídicas está sempre determinada pelos fatos sociais e, portanto, não há qualquer possibilidade de o direito e a moral estarem conceitualmente unidos.” (ROSSI, Amélia Sampaio. **Neonstitucionalismo**: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2011. p. 96).

⁷⁴ “O pressuposto do assim chamado soft positivismo entende que a moral pode desempenhar um papel importante no reconhecimento e na validade das normas jurídicas. Nesse sentido, pretende defender e esclarecer que a regra de reconhecimento da teoria hartiana pode, mas não necessariamente deve, possuir conteúdo moral. Ou seja, é possível que existam também sistemas jurídicos em que a identificação e validade das normas jurídicas passem à margem de qualquer referência à moral. Com isso, a tese da separação entre direito e moral, própria do positivismo, continuaria intacta visto que as relações entre o direito e a moral podem se estabelecer, mas de maneira contingencial e não necessária.” (ROSSI, op. cit., p. 95). A mesma Autora cita subdivisão verificada no âmbito do próprio positivismo inclusivo, representada pelas perspectivas de Gizbert-Studnicki e Pietrzykowski, sendo a primeira caracterizada por visão radical, entendendo que “os padrões morais se incorporam ao direito não só em relação à função de validade, mas também em relação à função de aplicabilidade do direito (orientando o conteúdo

Por outro lado, no positivismo ético, tal como sustentado por Tom Campbell, deve-se evitar que a regra jurídica de reconhecimento faça alusão ou convide a um juízo moral, não havendo, contudo, qualquer objeção a que padrões morais possam ser inseridos na própria regra aludida, desde que já compreendidos como um conjunto homogêneo de costumes morais na sociedade.⁷⁵

No âmbito argumentativo, a adoção de uma ou outra vertente poderá alterar o desfecho da lide. Um juiz ou turma julgadora com perfil mais positivista exclusivo poderá relegar ao desdém quaisquer considerações morais e, verberando decisão que consagre a tese da separabilidade em seu sentido mais pleno, levar em consideração para decisão da causa apenas os parâmetros oriundos do direito posto. De outro flanco, juiz ou turma julgadora que conceba como correta a visão positivista inclusiva poderá vislumbrar a existência de relações contingentes entre o direito e a moral, o que decerto contribuirá para diverso enfoque na solução da testilha, com ou sem alteração do resultado final. Idêntico raciocínio pode ser adotado em relação aos Julgadores que adotam a tese da vinculação entre direito e moral, ou, ainda no âmbito da separabilidade, os positivistas éticos.

A adoção, em si, de uma ou outra postura não malsina qualquer V. Julgado, impondo-se, no entanto, que o magistrado compreenda o seu perfil teórico e prime pela consistência semântica no desfecho de todos os casos levados a apreciação, eis que todos os resultados poderão ser considerados justos ou razoáveis. A argumentação clama por imparcialidade⁷⁶, esperando-se do julgador que caminhe sem rebuços na trilha teórica que optou

das decisões judiciais)", ao passo que na segunda vertente "(...) encontra-se versão menos radical e, portanto, mais dura (no sentido de mais intensamente positivista), que entende que os padrões morais desempenham somente uma função de validade. Assim, os padrões morais desempenhariam um papel negativo que consistiria na eliminação daquelas regras jurídicas contrárias a eles. (Ibid., p. 97).

⁷⁵ "Assim, na visão de Campbell, a distinção entre a existência e o mérito do direito não implica que a teoria do positivismo jurídico esteja limitada ao estudo da existência do direito oposto a seus méritos. A tese da separabilidade não é uma tese da separação entre o direito e a moral. Para o autor, nenhuma teoria positivista nega que a moral e o direito possam interagir e que até mesmo possa ocorrer, contingencialmente, uma sobreposição entre o conteúdo e as funções da moral em relação à determinada sociedade e o seu direito, não se negando, portanto, que ocorram conexões empíricas entre o direito e a moral como fenômenos sociais. Para Campbell, o que se deve evitar é que a regra de reconhecimento faça referência a termos que convidem a um juízo moral. O que tal regra deve excluir é a linguagem que requer que se faça um juízo moral antes que a regra em questão possa proporcionar um conteúdo adequado o suficiente, para direcionar a conduta concreta. Não haveria, no entanto, nenhuma objeção em que padrões morais pudessem estar inseridos na regra de reconhecimento, desde que já estivessem indicados como fontes sociais (um conjunto homogêneo de costumes morais na sociedade em questão)." (Ibid., p. 109).

⁷⁶ Imparcialidade no texto deve ser compreendida no sentido argumentativo, isto é, correlacionada à justiça formal. A propósito desta, Neil MacCormick lembra que "Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado." (MACCORMICK, **a argumentação**, op. cit., p. 95).

por seguir, ou que justifique a mudança.⁷⁷ Decerto não contribuirá para a segurança jurídica, notadamente nos meandros das Cortes Superiores, que não o próprio magistrado não compreenda o perfil teórico que adota, ou, acaso assim o faça, não o demonstre no julgamento de casos idênticos em que ausente algum sinal específico a demandar solução diversa.

Correlacionando a razoabilidade às teorias da justiça citadas – e, note-se: existem diversas outras, que, por curial, apresentariam soluções diversas para os mesmos casos⁷⁸ – não há como, de pronto, resolver o paradoxo semântico que o próprio termo sugere. Soluções há; porém, em abundância, o que não contribui para o estabelecimento de um conteúdo mínimo argumentativo no qual o juiz possa se apoiar ao utilizar a razoabilidade como premissa normativa – a maior – para fins de argumentação dedutiva no desate de conflitos postos à sua cura.

Para encerrar este tópico, destaco interessante passagem contada por Ronald Dworkin em sua obra “A justiça de Toga” e que bem reflete a dificuldade de se ter a justiça como norte para solução de conflitos:

Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: ‘Faça justiça, juiz!’ Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse, para surpresa de Hand. ‘Não é esse o meu trabalho!’, disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça.⁷⁹

⁷⁷ Trata-se do critério da inércia perelmaniano, que atribui a carga da argumentação ao Julgador que queira se afastar dos critérios da justiça formal, o que contribui para a estabilização institucional na solução de conflitos relacionados a fatos símiles. (ALEXY, **teoria**, op. cit., p. 268).

⁷⁸ Teorias dos sistemas sociais, teoria crítica do reconhecimento, teoria axiomática do direito, neojustaturalismo, neocontratualismo, neoconstitucionalismo, minimalismo jurídico, universalismo, pluriversalismo, entre outras. Para uma boa análise das teorias citadas: (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010).

⁷⁹ DWORKIN, a **justiça**, op. cit., p. 3.

5. QUE TAL, ENTÃO, SUBSTITUIR A JUSTIÇA PELA EFICIÊNCIA?

A incerteza teórica na argumentação equivale, em tudo e por tudo, à falta de previsibilidade do próprio comportamento estatal, privando a sociedade de indicadores comportamentais seguros a serem observados e que, eventualmente, poderiam até mesmo evitar futuros conflitos. Isso porque ademais de resolver a *res de qua agitur*, a decisão judicial também produz efeitos externos, tanto ao segmento afetado com o cerne do *decisum*, como à sociedade como um todo.⁸⁰

O juiz não pode desconsiderar os efeitos produzidos por sua decisão no caso concreto, já que a sociedade e, sobretudo, o mercado decerto a tomará como base para seu atuar. Caminhando em semelhante trilha se situam os teóricos da denominada “Law and Economics”⁸¹, observando que a decisão judicial atualmente deve ser entrevista como um fator de inescapável influência no mercado e comportamento dos agentes econômicos nele atuantes, qualificando-a não apenas como o provimento decisório que confere o acertamento à questão controvertida sob exame do aparelho judicial, mas como externalidade.

Externalidades são concebidas pela análise econômica do direito como os efeitos de certa atividade ou relação econômica que incidem sobre aqueles que não são parte naquela atividade ou relação.⁸² Costumam

⁸⁰ O juiz não pode desconsiderar o fato de que sua decisão espalhará efeitos para além do caso em si. Tratando de conflitos econômicos que envolvam instituições financeiras, por exemplo, a consolidação de determinado posicionamento acerca de taxas de juros ou legalidade de tarifas contratuais poderá ensejar que o crédito fique mais ou menos caro no mercado. A fixação de indenização quanto verificado comportamento ilícito poderá ensejar maior precaução das pessoas jurídicas em relação ao direito vindicado. Estes são alguns de muitos exemplos possíveis, aptos a demonstrar que tão importante quanto a decisão final, é o direcionamento que o caso aponta. Armando Castelar Pinheiro, a propósito, observa que “Tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas a pequenos grupos.” (PINHEIRO, op. cit., p. 244).

⁸¹ Não se descarta a hodierna existência de diversos segmentos teóricos no âmbito da Law and Economics, entre os quais a vertente institucionalista, neoinstitucionalista, welfarista etc. No presente trabalho, contudo, opta-se por mencionar de maneira genérica a Escola Econômica do Direito enquanto paradigma teórico que se aparta de outros perfis, relegando por ora a outra oportunidade o exame e aprofundamento de cada espécie em seu âmbito atuante.

⁸² Cabanellas assim explica as externalidades: “En un sentido amplio, éstas consisten en los efectos de cierta actividad o relación económica, que inciden sobre quienes no son parte de tal actividad o relación. Algunas externalidades se manifiestan a través del sistema de precios, y tienden a no alterar el funcionamiento correcto de una economía de mercado. Así, por ejemplo, si una empresa A y una empresa B, que compiten entre sí, desarrollan nuevas tecnologías, ello beneficiará a los compradores de los productos de estas empresas y a muchos otros agentes económicos – consumidores, proveedores de insumos a A y B, etc. -, pero esos beneficios serán reflejados por

ser classificadas em positivas ou negativas, aquelas verificadas quando aumentam o bem-estar de terceiros e estas quando o diminuem.⁸³

A decisão judicial, independentemente da vontade do juiz ou mesmo em se tratando de conflito intersubjetivo, poderá gerar efeitos que ultimarão por se espalhar para além dos autos, atingindo os demais agentes envolvidos na complexa teia institucional do Estado ou nos meandros da relação privada. Quanto ao processo, será o provimento que define a lide, adjudicando a cada qual o que lhe é permitido pelo ordenamento; para além dos autos, contudo, será externalidade, apta a influenciar o comportamento de cada agente econômico, público ou privado, envolvido com a temática objeto da decisão. Atingirá a sociedade, portanto, não apenas pelos efeitos que decorram do caso, mas como dado que auxilie o próprio desenvolvimento da sociedade.

Luciano Benetti Timm e Manoel Gustavo Neubarth Trindade compreendem em idêntico cariz, pontuando que a decisão judicial cujos efeitos acabem por atingir outros indivíduos afora os que se situam na relação jurídico-processual que gerou a lide, deve ser revista como um bem público. Observam, a esse propósito, que os bens públicos guardam características de não-rivalidade e não-excluibilidade, de modo que pode ser consumido por diversas pessoas ao mesmo tempo, não sendo possível excluir, impedir ou restringir o seu consumo pelos indivíduos. As decisões judiciais, nesse contexto, atingem não somente aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também “os que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar”.⁸⁴ Assim,

el sistema de precios, y permitirán que los agentes económicos ajusten su conducta a los efectos consiguientes. Otras externalidades escapan al sistema de precios y sus efectos no pueden así ser experimentados por la persona que los causa. Así, quien contamina la atmosfera causa un perjuicio a terceros pero no experimenta costo alguno en consecuencia.” (CABANELLAS, Guillermo, *El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos*. In: KLUGER, Viviana. **Análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Helistas, 2006. p. 36).

⁸³ “Las externalidades pueden ser positivas o negativas. Son positivas si el efecto sobre terceros aumenta su bienestar; son negativas si lo disminuyen. Las externalidades implican un comportamiento defectuoso de los mecanismos de mercado y de precios, pues éstos no reflejan los costos efectivamente causados para la obtención de los bienes y servicios comercializados.” (Idem).

⁸⁴ “Nessa senda, compreende-se que os bens públicos são responsáveis por irradiar externalidades, vez que principalmente a oferta dos mesmos por parte do Estado é responsável por atingir a sociedade de modo geral. No caso, em razão de suas características, os bens públicos oferecem externalidades positivas, pois envolvem distribuição involuntária dos seus benefícios. Nesse contexto, podemos compreender as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos Tribunais Superiores, como bens públicos, vez que podem atingir não só aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que encontramos a racionalidade econômica motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial. Outrossim, o caráter de bem público das decisões dos Tribunais Superiores permite igualmente a criação de sistemas de incentivos que prevejam mecanismos inibidores do comportamento processual inadequado e prejudicial ao bem comum (ineficiente como diriam os economistas), como são os casos das interposições de recursos meramente protelatórios, irrelevantes ou de hipóteses já apreciadas pelos tribunais destinatários, que resultam no desperdício de recursos públicos,

tendo-a como bem público, será possível trazer benefícios para toda a sociedade, tornando-a, de outro viés, mais eficiente.

Ocorre que, por vezes, a eficiência, considerada em substituição à justiça, pode gerar resultados um tanto questionáveis. Seria mais eficiente (e, portanto, razoável) torturar um preso em busca de informações úteis ao aparelho estatal, ainda que essenciais à salvação de diversas vidas⁸⁵? O que fazer quando a própria escolha que se reputa racional assim não se revela?⁸⁶

Em Nova York, mais da metade da população é obesa ou está acima do peso. Assim, diante dessa realidade, o prefeito Michael Bloomberg, famoso por anteriormente declarar guerra contra o cigarro, proibiu que restaurantes, lanchonetes, carrocinhas de rua e salas de cinema vendam garrafas ou copos de refrigerantes com mais de meio litro.⁸⁷

isto é, em termos econômicos, a não otimização da atividade jurisdicional. (...) Portanto, as decisões dos Tribunais Superiores, além de servirem de orientação para órgãos judicantes de instâncias inferiores, também servem de paradigma para o comportamento processual dos litigantes e até mesmo para a sociedade de modo geral, influinte consistentemente nos custos de transação e na assimetria de informação e, assim, na eficiência social e econômica.” (TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 178, ano 34, dez. 2009, p. 166-167.

⁸⁵ “Consideremos uma situação na qual uma bomba-relógio está por explodir. Imagine-se no comando de um escritório local da CIA. Você prende um terrorista suspeito e acredita que ele tenha informações sobre um dispositivo nuclear preparado para explodir Manhattan dentro de algumas horas. Na verdade, você tem razões para suspeitar que ele próprio tenha montado a bomba. O tempo vai passando e ele se recusa a admitir que é um terrorista ou a informar onde a bomba foi colocada. Seria certo tortura-lo até que ele diga onde está a bomba e como fazer para desativá-la? (...) Suponhamos que a única forma de induzir o suspeito de terrorismo a falar seja a tortura de sua jovem filha (que não tem noção das atividades nefastas do pai). Seria moralmente aceitável fazer isso?” (SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011. p. 52-54).

⁸⁶ Amartya Sen, em muito interessante obra sobre a ideia de justiça, observa, ao tratar das decisões racionais e escolha real que, “Também pode haver o que se chamou, algumas vezes, de ‘fraqueza de vontade’, fenômeno que tem recebido a atenção de muitos filósofos desde a Antiguidade – os antigos gregos chamavam de *akrasia*. Uma pessoa pode muito bem saber o que deve fazer de forma racional, e ainda assim deixar de agir dessa forma. As pessoas podem comer em excesso ou beber em excesso, o que elas mesmas podem considerar tolo ou irracional, e ainda assim podem não conseguir resistir às tentações. Na literatura econômica, isso é às vezes chamado de ‘força de vontade limitada’ ou ‘autocontrole insuficiente’ e esse problema também tem recebido ampla atenção de muitos economistas – de Adam Smith, no século XVIII, a Thomas Schelling, em nossa época. É importante notar que esse problema diz respeito à falha das pessoas em agir de maneira inteiramente racional, mas esses desvios no comportamento real por si mesmos não sugerem que a ideia da racionalidade ou de suas exigências devam ser modificadas.” (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 210).

⁸⁷ Texto integral disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/prefeito-de-ny-quer-proibir-venda-de-refrigerante-com-mais-de-meio-litro.html>>. Acesso em 27.08.12. Recentemente, contudo, a Suprema Corte do Estado de Nova York afastou a diretriz normativa aludida, curiosamente não por violar direitos individuais, mas por não abranger todos os tipos de bebidas. <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-de-ny-derruba-restricao-a-venda-de-bebidas-adocadas,1007365,0.htm>>. Acesso em 11.03.13.

Talvez a escolha de beber refrigerantes em quantidade excessiva e prejudicial à saúde possa ser explicada por uma “força de vontade limitada” ou “autocontrole insuficiente”, como o descreveu Amartya Sen⁸⁸ e, de fato, a política pública propugnada pela Administração se revele mais eficiente até mesmo sob o enfoque da distribuição de recursos, já que menos pessoas obesas – que, em tese, sabem que ficarão obesas adotando o comportamento que assumem, mas não têm forças para deixar de fazê-lo – ensejariam menos gastos com medicamentos, tratamentos e procedimentos hospitalares, liberando os ativos públicos para arrefecer outras pautas contidas na agenda social.

Seria, então, adequado supor que a razoabilidade encontraria na eficiência o a resolução de seu paradoxo semântico?

Trazendo à baila exemplo menos dramático, verifica-se de ampla aplicabilidade no âmbito da escola econômica do direito a “regra de Hand” para a solução de conflitos inerentes à responsabilidade civil extracontratual. Learned Hand, considerado um dos quatro melhores juizes dos Estados Unidos em todos os tempos, ao lado de Holmes, Brandeis e Cardozo⁸⁹, ao examinar o caso *United States v. Carroll Towing Company* e ponderar se teria havido negligência por parte da empresa *Connors Company*, proprietária de uma embarcação, ao deixá-la amarrada ao píer da baía de Nova York sem ninguém a bordo gerando a colisão com outra embarcação após o rompimento das cordas, decidiu que, em função da ausência de regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de alguém que o substitua tornará o proprietário da embarcação responsável por danos a outros barcos causados pelo rompimento de amarras, a obrigação do proprietário de evitar danos a terceiros será determinada por 03 (três) variáveis: a) probabilidade de o barco se soltar; b) gravidade dos danos causados; c) o ônus das precauções adequadas.

Assim tendo em foco tais variáveis, o juiz Hand observou que a responsabilidade depende que os ônus do cuidado (B) sejam menores do que o dano (L) multiplicado pela probabilidade do dano (P). Ou: $(B < P.L)$.

Dessa forma, se:

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ DWORKIN, a **justiça**, op. cit., p. 3.

(...) No caso concreto, dado que o barqueiro esteve ausente por 21 horas e que no local e na época da ocorrência do acidente as embarcações eram constantemente sacudidas pelas marés, o Juiz Hand considerou não ter sido observado o devido cuidado, eis que não estava fora de uma expectativa razoável que a embarcação se soltasse das amarras, sentenciando que seria justo exigir que a *Connors Company* mantivesse um barqueiro a bordo durante as horas de trabalho do dia e, em assim não procedendo, restava caracterizada a existência de um comportamento negligente.⁹⁰

A despeito de se extrair uma maior eficiência do comportamento a ser adotado – ou que deveria ter sido adotado – pela empresa ao final responsabilizada (e, note-se, resolvendo a testilha sem sequer mencionar qualquer teoria da justiça), ao aludir que “seria justo” exigir que a *Connors Company* mantivesse um barqueiro a bordo durante o dia em ordem a evitar acidentes como o que redundou no caso, pontuou o juiz o que, de acordo com a sua compreensão, seria razoável esperar, não estando este termo inserido em quaisquer das variáveis propostas, estas passíveis de quantificação.

Em verdade, o que, de acordo com o juiz “seria justo” (ou razoável) esperar decorre do resultado da operação anteriormente proposta ($B < P.L$). A razoabilidade, neste caso, é consequência e não a causa da decisão e, em que pese possa ter resolvido o caso concreto, situá-la neste quadrante não parece proveitoso se em confronto com direitos caros ao ordenamento, tido como fundamentais. Isso porque viabilizará, em último grau, que o julgador escolha o direito a ser adjudicado e, na sequência da decisão, compreenda-o como legitimado pelo que “seria justo” (ou razoável) exigir. A razoabilidade, portanto, já existe antes mesmo da solução do caso – e independentemente dela – enquanto elemento legitimador da decisão. Não funciona como sinal característico do caso ou premissa normativa que embasará a solução, mas como nota final já antevista da legitimidade de qualquer solução achegada.

Esta concepção não se pode aceitar, já que qualquer decisão, sob qualquer fundamento, argumento, fórmula ou ordenamento jurídico se fará razoável porque assim o anotou o órgão investido na função judicante. Para comprovar o quanto se menciona e, para tanto, utilizando a própria

⁹⁰ BATTESINI, Eugênio. **Análise econômica da responsabilidade civil**: a aplicação da regra de Hand no Brasil. III Conferência Anual da Associação brasileira de Direito e Economia – ABDE. 20 a 22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.

regra de Hand, basta inverter a fórmula, compreendo que ($-B < P.L$), ou que ($B > P.L$). Nestas situações, evidentemente o resultado final, ou seja, o que “seria justo” (razoável) esperar restaria alterado e, ainda assim, legitimado pelo ordenamento.

Importa, ainda, destacar que ao criar a fórmula que ao final resolveu o conflito, o juiz considerou três de muitas – na verdade infinitas – variáveis que poderiam ser utilizadas para o intento perseguido. Na verdade, não há ou tampouco existia uma regra determinando qual(is) variável(eis) deveria(m) ser utilizada(s) para elaboração da fórmula. E, ainda que o houvesse, tal não afastaria o necessário questionamento da localização da razoabilidade ou justeza da decisão, não o *prius*, mas a consequência.

Um outro exemplo, agora correlacionado com normas já inseridas no direito positivo brasileiro.

No Brasil, a Lei Federal nº 12.654, de 28 de maio de 2012 autoriza, no artigo 1º, alterando a redação do art. 5º da Lei Federal nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009, que “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, autorizando a criação, no artigo 2º, que, por sua vez, introduz o artigo 5º-A na Lei nº. 12.037/09, de um banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.⁹¹

Apesar de a doutrina noticiar que “A maioria dos países membros do Conselho da Europa permite a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de DNA no contexto do processo penal”⁹² e, de fato, o objeti-

⁹¹ Texto integral disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011.../2012/Lei/L12654.htm.> Acesso em 02.03.13.

⁹² “Os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça. A coleta e armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas é permitido, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação. Ainda no âmbito da União Europeia, a matéria é tratada, por exemplo, nas Decisões-Quadro 2008/615/JAI, 2008/616/JAI e 2008/977/JAI. 45. A Diretiva 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, prevê que o objeto das leis nacionais relativas ao tratamento de dados pessoais deve proteger o direito à privacidade, como reconhecido não só no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e nos princípios gerais do direito comunitário. A diretiva estabelece ainda uma série de princípios que substanciam e ampliam os princípios contidos na Convenção de Proteção de Dados do Conselho da Europa. Permite aos Estados-Membros adotarem ainda medidas legislativas para restringir o alcance de certas obrigações e direitos previstos na diretiva, quando tal restrição constitua uma medida necessária, nomeadamente para a prevenção, investigação, deteção e repressão de infracções penais (artigo 13). O Tratado de Prüm, por sua vez, no aprofundamento da cooperação internacional, em particular no combate ao terrorismo, a criminalidade transnacional e a migração ilegal, que foi assinado por vários membros da União Europeia em 27 de maio de 2005, estabelece regras para o fornecimento de impressões digitais e dados de DNA para outras partes contratantes.” ANSELO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Texto integral disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em 15/08/2012.

vo estatal possa em primeiro momento revelar eficiência no combate ao crime, estariam os direitos fundamentais, principalmente da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, não produção de provas contra si mesmo – cedendo passo à eficiência? A razoabilidade, novamente, estaria sendo utilizada como consequência legitimadora e não, propriamente, antecedente apto a traduzir a premissa normativa necessária ao argumento dedutivo que poderá contribuir para a solução de casos ou definição de políticas públicas?

Inserir a razoabilidade como consequência legitimadora de normas, decisões ou políticas públicas pode aparentemente fundamentar o que lhe antecede, mas tal não se confunde com a argumentação necessária ao provimento estatal – decisório ou não – e, igualmente, não se presta a afastar a superficialidade do argumento de autoridade que, de soslaio, revela-se presente.

6. LÓGICA, NÃO! JUSTIÇA, NÃO! EFICIÊNCIA, NÃO! O QUE SOBRA? – CONCLUSÕES

Katarina Sobota, em trabalho denominado “Não mencione a norma”, critica o silogismo como método de solução de conflitos, compreendendo que o raciocínio dedutivo pode até mesmo se prestar a legitimar o argumento de autoridade.⁹³ A despeito da crítica, contudo, o argumento por dedução encontra ampla aplicação nos cenários normativos oriundos das famílias romano-germânicas ou anglo-saxões, ora compreendendo-se a premissa normativa como uma regra abstrata e genérica, ora como *ratio decidendi* genérica haurida de precedentes.

A questão, todavia, não parece ser a adequabilidade do raciocínio dedutivo ou a sua derrocada, senão a forma como verificar a premissa normativa, em especial no que toca à razoabilidade.

O presente trabalho objetivou investigar a existência de um conteúdo mínimo da razoabilidade apto a legitimar decisões, normas ou políticas públicas. Perpassando pelas contribuições da lógica, algumas teorias da justiça e a teoria da eficiência, procurou-se verificar como a razoabilidade poderia ser inserida no contexto decisório ou normativo de maneira a não viabilizar contradições igualmente admissíveis pelo ordenamento, nos moldes do princípio da explosão que, aliás, confere título ao trabalho.

⁹³ SOBOTA, Katarina. Não mencione a norma. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista...> Acesso 10.03.13.

Conquanto não se apresente, ainda, solução para a celeuma, prossigue-se a investigação, quiçá com conclusões a serem futuramente expostas.

O assunto demanda, evidentemente, maior digressão, mas se pequena fração da problemática tiver sido, à suficiência, exposta, o texto terá atingido seu objetivo primário.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e argumentação no atual estado democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANSELO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Texto integral disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em 15.08.12.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BATTESINI, Eugênio. **Análise econômica da responsabilidade civil: a aplicação da regra de Hand no Brasil**. III Conferência Anual da Associação brasileira de Direito e Economia – ABDE. 20 a 22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.

BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1978.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABANELLAS, Guillermo, El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. In: KLUGER, Viviana. **Análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Helistas, 2006.

CAMILO, Ana Sinara Fernandes. **O STF, a condicionante n. 17 do caso “Raposa Serra do Sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará.** Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>>. Acesso em 17.01.13.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Paradoxos no direito: lógica e teoria das categorias.** Porto Alegre: Nubria Fabris, 2009.

_____. Paraconsistente. **Revista Bonijuris**, ano XXIV, v. 24, n. 7, jul. 2012. p. 41-42.

COPI, Irving M., **Introdução à lógica.** Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GÜNTHER, Klaus. A distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Curitiba, n. 48, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HIRSCHL, Ran. The new constiitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, 2006.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Européias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES, Luiz Guilherme. Texto integral disponível em <<http://ratione-temporis.blogspot.com.br/2006/05/paul-magnaud-o-bom-juiz.html>>. Acesso em 12.03.13.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 51, p. 346, abr. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 48, p. 281, jul. 2004, DTR 2004\404.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Estado e políticas públicas no Brasil: desafios ante a conjuntura neoliberal. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo, n. 93, p. 101-123, mar. 2008, p. 102.

OLIVEIRA, Sheila Stolz de. El positivismo jurídico exclusivo. Una introducción a la teoría de Joseph Raz” pode ser verificado em “<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/834/656>” Acesso em 20.01.13

PAULSEN, Leandro. **A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33>. Acesso em 17.01.13.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 48, p. 187-201, 2008.

PEREIRA, Renato Machado. **Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Filosofia, Universidade Federal de São Carlos, 2009.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Elsevier, 2005.

RAZ, Joseph. Interessante exposição das premissas sustentadas pelo Autor pode ser encontrada em <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>>. Acesso em 20.01.13.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo**: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2011.

SANDEL, Michael J.. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011. p. 52-54

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria de interpretação em Hans Kelsen. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 64, p. 88, Jul. 2008.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23, abr. 2002, DTR 2002\235.

SILVESTRE, Ricardo Sousa. **Um curso de lógica**. Petrópolis: Vozes, 2011.

SOBOTA, Katarina. Não mencione a norma. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista...> Acesso 10.03.13

SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. **Revista dos Tribunais**, v. 874, p. 11, ago. 2008, DTR 2008\533.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Art. 103-A**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Acesso em 03.12.12.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Art. 96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 08.11.12.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 178, ano 34, dez. 2009. p. 166-167

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VARELA, Diogo. Lógica paraconsistente: lógicas da inconsistência formal e dialeteísmo. **Revista Fundamento**, v. 1, n. 1, set./dez. 2010.



