

# Revista de Direito UPIS

**2004 v. 02**

## **EDITOR**

Carlos Aureliano Motta de Souza

## **CONSELHO**

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Daisy de Asper y Valdés

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Luiz Antonio Gonçalves da Silva

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



**Faculdades Integradas**

**Diretor-Presidente**

**Diretor Administrativo**

**Diretor Financeiro**

**Diretor de Relações Públicas**

**Diretor de Ensino**

**Diretor de Pós-Graduação**

**Diretor de Avaliação**

**Diretor de Ensino a Distância**

Vicente Nogueira Filho

Ruy Montenegro

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ivonel Krebs Montenegro

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

Isac José Lopes

William Freitas da Silva e Silva

Benito Nino Bisio

A **Revista de Direito UPIS** é uma publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”

CEP 70390-125 Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são da inteira responsabilidade dos respectivos autores.

A partir do presente ano, a Revista passou a receber a numeração de volume.

---

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) – .  
Brasília: UPIS, 2004.

v. 2.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito - Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

---

### **Revisão de Originais**

Francisco de Paula e Oliveira Filho

### **Capa**

Marcelo Silva Alves

### **Diagramação, editoração eletrônica e impressão**

Gráfica e Editora Inconfidência Ltda.

# SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** A guerra de nossos dias ou a guerra de todos os dias  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 13** Do erro médico  
Carlos Alberto Menezes Direito
- 25** A federalização tributária brasileira  
Edino Cezar Franzio de Souza
- 43** Nacionalidade e segurança nacional  
Maria de Fátima Martins da Silva dos Santos
- 63** Liberdade e igualdade em Bobbio  
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 71** Hermenêutica e segurança jurídica  
Magda Montenegro
- 95** Dogmática jurídico-penal e controle social: da superação da finalidade tuteladora de bens jurídicos a uma proposta político criminal funcionalista (feindstrafrecht)  
Alessandra de La Vega Miranda
- 123** Responsabilidade criminal do médico  
Zilah Maria Callado Fadul Petersen
- 145** Discursos da soberania: a ideologia como ordem social forjada  
Pietro Lemos Costa
- 169** Formandos de 1º/2004
- 175** Normas para colaboradores

## SUMMARY

- 5 Foreword**
- 9 Current war or every day war**  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
- 13 On medical error**  
Carlos Alberto Menezes Direito
- 25 Federalizing the brazilian fiscal system**  
Edino Cezar Franzio de Souza
- 43 Nationality and national security**  
Maria de Fátima Martins da Silva dos Santos
- 63 Freedom and equality in Bobbio**  
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 71 Hermeneutics and law assureness**  
Magda Montenegro
- 95 Juridical and criminal dogmatics and social control: from overcoming the tutelage of juridical property to a functional proposal for criminal policy**  
Alessandra de La Vega Miranda
- 123 The criminal responsibility of physicians**  
Zilah Maria Callado Fadul Petersen
- 145 Discourses on sovereignty: ideology as a forged social order**  
Pietro Lemos Costa
- 169 Students graduating in the first semester of 2004.**
- 175 Norms for contributors**

# APRESENTAÇÃO

O segundo volume da nossa *Revista UPIS de Direito* vem a lume com alguns meses de atraso, em razão de circunstâncias especiais: a dificuldade na escolha dos primeiros artigos produzidos por discentes, frutos dos trabalhos de pesquisa na Faculdade de Direito, e a coincidência do seu lançamento com a graduação da primeira turma formada pela Faculdade de Direito, que completou, no mês de julho, cinco anos de sua instalação.

São, efetivamente, dois fatos marcantes na vida da Instituição.

O primeiro traduz a genuína preocupação com as atividades de pesquisa e extensão, não no sentido burocrático de cumprir requisito de verificação nas avaliações de reconhecimento do curso, realizado periodicamente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), mas no sentido axiológico das diretrizes da educação nacional.

O segundo representa o momento inaugural da formação dos nossos bacharéis, futuros líderes deste país aptos para as mais diversas carreiras jurídicas.

## A PRIMEIRA TURMA DE BACHARÉIS EM DIREITO

Autorizada pelo Ministério da Educação (MEC) a iniciar o seu funcionamento em 20 de julho de 1999, em agosto a União Pioneira de Integração Social (UPIS) recebia os primeiros alunos para o Curso de Direito, nos turnos diurno e noturno.

O corpo docente formado a partir de um grupo de excelência, liderado pelo saudoso e inesquecível mestre Josaphat Marinho, inicia com os novos alunos uma caminhada cujas balizas haveriam de ser a qualidade do ensino, como premissa, e o comprometimento com o êxito, como elemento diferenciador do curso, inserido em um contexto de forte concorrência.

Não foi uma tarefa fácil de se cumprir. A cada semestre que avançava, novos docentes eram admitidos, após criterioso processo de seleção. As substituições foram inevitáveis, todas fulcradas nos princípios adotados pela Instituição, cuja dedicação de três décadas ao ensino não poderia ser maculada pela mera instalação de outro curso pela busca de um novo nicho do mercado. O curso deveria ser fiel à tradição já firmada pela IES.

Essa preocupação demandou grande esforço de todos. Os primeiros dirigentes do curso, a professora Tânia Maria Nava Marchewca, chefe do Departamento

mento, e a professora Zilah Maria Callado Fadul Petersen, coordenadora de Avaliação e Qualidade, sob a batuta de Josaphat Marinho, imprimiram no início do curso a marca de suas inteligências e competências. Dois anos de intensa dedicação à afirmação do novo curso, aliados aos misteres de cada uma delas, levaram-nas a resignar os respectivos cargos, e novos docentes assumiram essas funções, procurando manter o sentido e direção estabelecidos pelas ilustres docentes.

Assim, vencidos os obstáculos possíveis, contornados os impossíveis, eis que a Faculdade de Direito da UPIS forma, com orgulho, a sua primeira turma, estabelecendo nova e importante marca na vida da Instituição.<sup>1</sup>

## **PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA**

### **Inserindo a pesquisa no cotidiano acadêmico e formando líderes intelectuais**

A pesquisa acadêmica na Faculdade de Direito da UPIS divide-se em um conjunto de ações institucionais integradas, sob coordenação dos professores Jairo Bisol e Beatriz Emília Bartoly, e visa a atingir três resultados práticos:

- 1) implantar definitivamente a iniciação científica no cotidiano acadêmico, fazendo do seu exercício sistemático - com produção divulgada e inter-relações com outras instituições - um elemento diferenciador do Curso de Direito da UPIS;
- 2) formar um núcleo de líderes intelectuais no âmbito do pensamento jurídico e da produção teórica em epistemologia jurídica no Distrito Federal;
- 3) preparar uma clientela de alta qualidade para o projeto de implantação da Pós-graduação em Direito na UPIS.

O Curso de Direito já dispõe de um excelente grupo de pesquisa, cujos trabalhos estendem-se há mais de três anos, projetando a importância da atividade de pesquisa e produção teórica em todos os espaços acadêmicos. Essa atuação teórico-pedagógica diferenciada vem instituindo relações de comunhão entre o grupo pesquisador e sua produção teórica com o restante da comunidade acadêmica, especialmente o corpo discente, além de contribuir para a iniciação de intercâmbio com outras instituições e pesquisadores. Prospectivamente, persegue-se também a realização de cursos de extensão acadêmica direcionados para as temáticas fundamentais da pesquisa avançada.

O grupo, que se amplia a cada início de semestre, possui hoje um núcleo de alunos em estágio avançado de reflexão teórica, demonstrando raro potencial para a atividade de pesquisa. Este fato permitiu a implantação de um sistema de monitoria, cuja atuação potencializa e amplia a formação teórica de pesquisadores nova-

tos. É de se observar, a pesquisa acadêmica constitui uma atividade extraclasse de altíssima qualidade, utilizada pelos alunos-pesquisadores para realizar exigências de complementação de carga horária do Curso de Direito, sendo também um fator de importante contribuição para a excelência de ensino na UPIS.

Em síntese, a UPIS dispõe, hoje, de um grupo de pesquisadores com potencial invejável. O trabalho desenvolvido até hoje visou a desenvolver o prazer da leitura, da reflexão e da discussão teórica e, ao mesmo tempo, a dotar o grupo com uma formação filosófica de base sólida e abrangente. Hoje, consolida-se uma linha de pesquisa que se projeta sobre os vastos campos teóricos da epistemologia jurídica, com forte inclinação para os estudos semióticos da linguagem normativa do direito.

## **O Editor**

<sup>1</sup>A relação completa dos formandos encontra-se ao final desta edição.



Há uma guerra acontecendo lá fora, noticiada diuturnamente, detalhe por detalhe, o que por vezes faz sobressair até as minúcias mais cruéis. As vítimas são milhares tão anônimas quanto desprotegidas, que na maior parte dos casos não souberam ou não tiveram como reagir. Os arsenais não se ombreiam, dados o desnível e a desproporcionalidade que visivelmente os distanciam quer em se tratando de números, quer de tecnologia, como se, a centenas de fuzis e metralhadoras de última geração, contrapusessem-se cacetetes, estilingues, paus e pedras. O massacre avança de tal sorte e frequência assustadora, que, ao passar do tempo, começamos a nos acostumar. Alguns já não enxergam com a mesma indignação a truculência dos métodos, a ignomínia dos propósitos, a covardia dos embustes. Golias parece definitivamente demolido por Davi. Também, pudera! Golias encontra-se velho e cansado, além de gordo, surdo, cego e esclerosado, enquanto Davi aproveitou a trégua para se reciclar - tomou aulas com “renomados mestres”, contratou especialistas, com os quais aprendeu novas técnicas de gerência, adquiriu os mais modernos armamentos, enfim, aperfeiçoou a inata liderança, pois compreendeu a tempo que a concorrência não está para brincadeira.

O leitor já percebeu, claro, que aqui não se está falando do combate digital, asséptico e com efeitos em technicolor, patrocinado pela superpotência. Cuida-se, isto sim, infeliz e surpreendentemente, da guerrilha engendrada pelo narcotráfico que invadiu as ruas do Brasil, um país de alardeadas tradições pacifistas, meio bonachão, talvez até relaxado demais. O preocupante é que toda a gente, de alguma forma, já se alarmou com esse estado de coisas. As autoridades esbravejam, o rebuliço é constante. Contudo, Davi prossegue, devagarzinho e, pé ante pé, quem diria, agora quer nos roubar a Lua, só para lembrar Maiakovsk. Estrategicamente, começou por tomar os morros. Aos poucos vem ganhando os bairros, aliciando, para compor suas hostes criminosas, de maneira sórdida, justamente os mais valerosos guerreiros, os jovens. A fim de garantir algumas das privilegiadas posições que alcançou, esforça-se para cooptar pessoas influentes. E o pior: quando não consegue, mata-as.

O Estado-Golias agoniza. Pesado por tantos anos de inércia, movimentada-se com dificuldade, ineficazmente. As amarras burocráticas que secularmente o engessam impedem-no de proteger a população, principal mister a si confiado. Não

obstante, à guisa de desculpa, resmungando, meio cínico, meio entediado, que não tem recursos para se reaparelhar, que precisa de tempo para estudar o assunto e chegar à solução satisfatória - afinal, trata-se de uma guerra mesquinha, rasteira e desigual. Atordoadado, o Gigante, que nasceu em berço esplêndido, parece contradizer as nobres origens e, alvo cada vez mais fácil, como que diariamente desonra a si mesmo, num ritual macabro de autocomiseração e masoquismo, permitindo ou facilitando os ataques do inimigo outrora incapaz de grandes arroubos.

A automutilação do Estado brasileiro é o primeiro passo para a barbárie, ou será o último? Até quando subsistiremos, como nação livre, soberana e democrática, se aceitarmos compassivamente a eliminação inicialmente de agentes públicos - juízes, prefeitos, vereadores -, depois dos Poderes, instituições e valores, enfim, do próprio Estado? Até quando resistiremos aos ataques aviltantes e infames à nossa honra como cidadãos, como contribuintes honestos, probos e pacatos? Até que ponto a raiva deve inflamar os ânimos para que a indignação, mobilizando toda a sociedade - milhões em passeatas diárias, aos gritos, a extravasar genuíno e justificado medo -, desperte o Gigante desse sono letárgico, incitando-o à luta pela sobrevivência?

O assassinato de dois juízes em dez dias parece ser a pedra lançada pelo estilingue de Davi. Goliath resfolega, atônito. Ainda não caiu. Cena congelada. O filme parou aí. Cabe a nós, brasileiros, escolher o final. Se continuarmos desarticulados, discutindo o dever-ser, esperando a conjuntura ideal para a ação pertinente, a massa de excluídos da cidadania, órfãos do amparo constitucional devido pelo Poder Público, ocupará os vazios de autoridade deixados pelo Gigante-Estado, nutrida que estará pelas benesses assistencialistas do comando criminoso. O momento de agir há muito já tarda. A partir de agora, poderemos perder, vez por todas, o controle da situação.

Busquemos as causas, não os efeitos. A ousadia, o cinismo e o deboche dos bandidos não se exacerbaram por inexistir um sistema legal punitivo severo. A Lei dos Crimes Hediondos confirma a tese de que não adianta majorar, tampouco endurecer o regime de cumprimento das penas. Antes, a omissão do Estado - desviando-se do bem comum, não proporcionando aos cidadãos condições mínimas de subsistência digna, no que se incluem objetivos fundamentais, como segurança, saúde, educação - resultou no aprofundamento das desigualdades sociais - escara que a todos os brasileiros envergonha e humilha -, cujo preço é o recrudescimento sem peias da violência urbana e até rural.

Sim, a legislação penal em vigor é suficiente. O que falta é sanar os vícios na infra-estrutura carcerária e policial do País. Não dá para escapar do óbvio - é urgen-

te e preciso que se enfrente de vez a corrupção, desfazendo nós górdios, como a obsolescência do modelo de segurança em uso. Claro está que a responsabilidade, neste caso, compete às polícias - civil e militar -, nunca ao Ministério Público e ao Judiciário. Esses, ao contrário, prescindem de mártires, dispensam intimidações de qualquer natureza. Um Judiciário sem independência é como um governante sem poder, de nada serve e talvez em muito atrapalhe.

Há de se reaparelhar as polícias brasileiras, dar-lhes dignidade, estatura, meios para atuar com desembaraço e brio. Dizem que a Scotland Yard é incorruptível. Pois bem, quanto se lhes paga? Como se trata um policial europeu? Decerto não da forma jocosa, leviana e ofensiva, como se vem ensaiando por aqui. Cumpre rapidamente atualizar a política penitenciária, modernizar-lhe a administração, garantir a transparência de métodos, a probidade das ações e a utilidade dos fins almejados. Não basta transferir presos de um lado para outro, de modo flagrantemente atabalhado, a demonstrar a visível confusão das autoridades, a notória falta de estratégia, enfim, a ausência de soluções para problemas antigos, agora definitivamente insuportáveis.

Como num jogo virtual, contamos com a prerrogativa de optar pelo desenlace do filme. Creio piamente num final feliz. Guimarães Rosa profetizava que, onde há uma vontade, sempre existe um caminho. Façamos, pois, o caminho, já que ninguém mais pode olvidar a vontade.

### **Resumo**

Traçando uma analogia com a história de Davi e Goliás, o artigo trata da guerrilha engendrada pelo narcotráfico e a reação, até então, tímida do Estado, que acaba, assim, permitindo o avanço da criminalidade. O autor mostra a necessidade de o Estado suprir sua omissão ante a massa de excluídos da cidadania, não deixando espaços para benesses assistencialistas do comando criminoso. Defende a idoneidade da legislação penal vigente, a responsabilidade das polícias civil e militar, que não de ser reaparelhadas e dignificadas, e a atualização da política penitenciária.

Palavras-chave: Violência; Polícias; Legislação; Penitenciária; Barbárie; Soberania.

### **Abstract**

Departing from an analogy with the legend of David and Goliath, this article deals with the violent acts perpetrated by narcotraffic agents and the weak reaction of

the State that, by doing so, allows the growth of criminality. The author argues that it is necessary that the State overcome its omission in relation those excluded from citizenship, thus preventing the provision of any sort of social assistance by criminal organizations. He supports the integrity of current penal legislation, the responsibility of civil and military police – institutions that shall be strengthened and dignified - and the modernization of penitentiary police.

Key words: Violence; Police forces; Legislation; Penitentiary; Barbarianism; Sovereignty.

### **Resumen**

Remontando una analogía con la historia de Davi y Golias, al artículo trata de la guerrilla engendrada por el narcotráfico y la tímida reacción, hasta entonces, del Estado, que acaba así por permitir el avance de la criminalidad. El autor muestra la necesidad, por parte del Estado, de proveer su omisión ante la masa de excluidos de la ciudadanía, lo que no deja espacios para ayudas asistenciales del comando criminal. Defiende la idoneidad de la legislación penal vigente, la responsabilidad de las policías civil y militar, que deben ser reequipadas y dignificadas, y la actualización de la política penitenciaria.

Palabras clave: Violencia; Policías; Legislación; Penitenciaria; Barbarie; Soberanía.

É sabido quão importante e relevante é o papel dos médicos na estrutura das sociedades democráticas e modernas, que, por viverem constantemente atormentadas por situações de massa, são geradoras de suas próprias doenças e, por isso mesmo, requererem uma diversidade cada vez maior nos cuidados prestados pela Medicina.

Atualmente, o tema da responsabilidade civil na área médica tem despertado enorme interesse, porque a busca da prestação jurisdicional em decorrência do erro do médico tem sido elevada. O Judiciário, em suas várias instâncias, está, a todo instante, manipulando processos referentes a essa matéria, o que se deve, por um lado, ao aspecto da Medicina de massa e, por outro, talvez à recente consciência de cidadania na busca dos seus direitos diante do Estado, invocando a prestação jurisdicional oferecida pelos Juízes e tribunais.

Ao se analisar essa questão, é bom ter em mente as palavras de Francis Moore, que indica, com muita clareza, que o fundamental ato do cuidado médico é a assunção da responsabilidade, e a prática cirúrgica é a assunção completa da responsabilidade pelo bem-estar do paciente.

As palavras de Moore servem de enlevo a todos os que precisam adentrar no aspecto da responsabilidade civil na área médica.

No Brasil, o art. 951 do novo Código Civil trouxe uma disciplina específica na qual se pode amparar o Juiz ao examinar as perspectivas postas nos múltiplos processos relativos a erros médicos. A responsabilidade civil médica vem de tempos de antanho. Já era conhecida na Antigüidade, nos Códigos de Hamurabi e de Manu, que estabeleciam penas específicas para os médicos e cirurgiões que acarretassem lesões a seus pacientes ou que empregassem meios que os conduzissem à morte. O Código de Hamurabi, inclusive, continha estritas prescrições sobre as penas aplicadas no caso de mau procedimento cirúrgico. O mesmo ocorrendo na Lei das XII Tábuas e na Lei Aquilia.

É importante – e esse seria o ponto nodal da questão relativa à responsabilidade civil na área médica e um dos aspectos que se deve mesmo ter em conta – a forma com que os pacientes são tratados. O atual sistema de Medicina tem criado alguns problemas de atendimento que, se resolvidos, poderiam reduzir, em muito, as razões que hoje são levadas aos tribunais. É preciso sempre ter presente que o

paciente, quando chega ao médico, é uma criatura absolutamente indefesa, atemorizada, aterrorizada, e a sua expectativa é sempre a mais periclitante possível, ou seja, quando chega na busca da prestação do serviço médico, ele o faz debaixo de tal pressão, que o tratamento alcança não só a patologia da qual eventualmente possa estar sofrendo, mas também a própria situação psíquica, diante da falta de riqueza do conhecimento extraordinário que está por trás da Medicina, “essa velha senhora”, como diz o professor Júlio de Moraes.

Na realidade, o sistema de saúde tem por objetivo a cura, que é alcançada com um tratamento correto. A consciência de tal objetivo deve ser levada em consideração quando se trata de responsabilidade civil, deve ser a substância mesma da reparação prevista no Direito Positivo. O processo de cura, os médicos, os enfermeiros, os farmacêuticos, os bioquímicos, os dentistas e todos aqueles que estão envolvidos no sistema de saúde têm responsabilidades e, por isso, segundo o Direito, são legitimados passivos para as ações judiciais decorrentes das lesões que causem aos pacientes submetidos aos seus cuidados, tanto os erros que são originários do diagnóstico quanto os das terapias decorrentes, sejam elas clínicas ou cirúrgicas. Miguel Kfoury Neto fez um estudo muito precioso sobre a responsabilidade civil no campo médico e mostrou que o exercício profissional da Medicina acarreta, muitas vezes, uma falha que pode ter conseqüências irremediáveis, porque a vida que se perde é absolutamente irrecuperável: “Com respeito à dignidade humana, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá sempre estar impregnada de humana consideração pelo semelhante, pelos valores espirituais que representa e, portanto, a função médica encerra mais do que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte”.

Não é outro o efeito retratado por um neurologista inglês chamado Oliver Sacks. Nos Estados Unidos, tratando de um paciente com a Síndrome de Korsakov, sem encontrar solução razoável para o caso, escreveu para um grande especialista, professor A. R. Luria, que era, naquela época, o mais famoso na matéria. Pedia que lhe desse alguma opinião, alguma orientação, sobre o que fazer. O cientista respondeu ao professor Sacks dizendo que fizesse aquilo que sua perspicácia e seu coração sugerissem: “Há pouca ou nenhuma esperança de recuperar a memória do seu paciente, mas o homem – dizia o professor – não é apenas memória, tem sentimento, vontade, sensibilidade, existência moral, aspectos sobre os quais a neuropsicologia não pode pronunciar-se, e é aí, além da esfera de uma psicologia unipessoal, que poderá encontrar o modo de atingi-lo e de mudá-lo”. As circunstâncias do trabalho desenvolvido pelo neurologista, no entanto, eram muito favoráveis, pois

trabalhava em um asilo, que era como um pequeno mundo, muito diferente das clínicas e instituições onde trabalhara. “Em termos neuropsicológicos” – concluiu o professor Luria –, “há pouco ou nada a fazer, mas, no que respeita ao indivíduo, talvez você possa fazer muito.”

Essa lição, apresentada pelo professor Sacks, no seu livro *O homem que confundiu a sua mulher com um chapéu*, é primorosa, porque talvez acompanhe toda a linha da moderna terapia da interação de amor entre o médico e o paciente.

Nessa mesma direção, o médico francês Phillippe Meyer, professor da Universidade René Descartes – Paris IV, em obra recente chamada *A Irresponsabilidade Médica*, assinala que a responsabilidade médica é inerente a uma profissão construída desde a sua origem com a compaixão, o altruísmo, a humanidade, a vontade admirável de tirar o outro de um mau passo. O ofício médico é inconcebível sem o compromisso ético que compõe a sua própria essência. “As responsabilidades civis e penais” – diz o professor Meyer –, “evocadas em certos documentos antigos, são secundadas; aparecem quando os médicos acreditam ter um certo poder, o que, com a sua transmissão ancestral, não cabia”. Esse talvez seja o grande sinal da passagem, do trânsito que estamos vivendo, deixando para trás aquele médico obscurantista que vivia em um cenário de poder absoluto. Esse panorama, na sociedade moderna, na era da comunicação instantânea, está radicalmente mudado, porque hoje existe, em verdade, um transplantar de transparências com o objetivo, exatamente, de abrir o leque da consciência de cada um diante do ofício que tem a desenvolver na sociedade.

Muito se tem discutido – os juízes, os tribunais, os advogados e os membros do Ministério Público, que, continuamente, vêm-se às voltas com o problema – se a responsabilidade do médico é contratual ou extracontratual, se é uma obrigação de meio ou de resultado. Decerto, essa discussão hoje não tem muita importância, porque a responsabilidade do médico está subordinada aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, particularmente ao art. 14, em que se criou, verdadeiramente, um sobredireito, passando a relação do médico com o paciente a ser tratada como uma relação de prestação de serviços e o paciente a ser enquadrado como um consumidor.

É preciso aplicar, com muito tempero, com muita ponderação, essa disciplina positiva, não se podendo esquecer das peculiaridades dos diversos serviços prestados pelo sistema de saúde. Há a responsabilidade pessoal, a responsabilidade dos hospitais, a dos serviços auxiliares, como, por exemplo, dos bancos de sangue, dos laboratórios, dos serviços de diagnósticos por imagem e dos exames ditos invasivos, a saber: a endoscopia e a colonoscopia.

De fato, há ainda quem enxergue, na prestação de serviços pelo médico, um contrato puro e simples ou um contrato especial, considerando a circunstância de que não se limita a prestar serviços exclusivamente técnicos, mas também de atendimento pessoal e familiar ao paciente, ou seja, deve ter-se presente – e isso, *mutatis mutandis*, alcança não só os médicos, mas ainda os Juízes, os advogados e os membros do Ministério Público – que a relação contratual entre o médico e o seu paciente não deve esgotar-se exclusivamente na prestação do serviço técnico; deve abranger a dimensão social, na medida em que ainda não está, pelo menos no estágio atual da sociedade brasileira, voltada exclusivamente para o atendimento profissional que exclui a parte humanística, tão característica das sociedades latinas.

O que deve presidir a responsabilidade pessoal do médico, além da consideração da responsabilidade em sentido estrito, é o dever de curar o doente, de salvá-lo, porque, se fosse diferente, seria contra a própria natureza das coisas. O objetivo do médico, nesse sentido, é mesmo o de curar e salvar, todavia, muitas vezes, enfrenta situações em que isso não é possível, por exemplo, nos quadros terminais, quer em razão de doenças incuráveis, quer em razão de acidentes com extenso comprometimento de órgãos vitais – particularmente o último caso, nos diversos setores de emergência de hospitais públicos ou privados.

Em princípio, o médico assume, contratualmente, a responsabilidade de curar, de salvar a vida, utilizando todos os meios disponíveis na ciência médica naquele momento e considerando as circunstâncias em que o atendimento é feito. Em outras palavras, não se pode considerar a responsabilidade do médico fora do quadro concreto em que o atendimento é prestado. Não adianta a idealização de um atendimento *per se* e, sobre esse ideal, a construção da responsabilidade do médico. Deve considerar-se a circunstância local concreta e positiva em que está o médico para prestar a assistência que lhe é requerida.

É importante ressaltar que o médico, quando assume a responsabilidade dita contratual, assume, na verdade, o compromisso de empregar todo o seu conhecimento, a sua experiência, o seu desvelo e a sua assistência para obter a cura do paciente ou para reduzir o seu sofrimento, que é outro aspecto extremamente relevante no campo do atendimento médico e no da responsabilidade civil. No campo diagnóstico ou no cirúrgico, o médico é responsável pelo cuidado com o paciente, empregando os meios de que dispõe para que a cura seja obtida. Se essa não chega, sua responsabilidade somente poderá ser definida quando provado que o resultado negativo decorreu da sua negligência, imprudência e imperícia. Tal conjugação, embora controvérsias existam sobre o tema, foi mantida no Código de

Defesa do Consumidor, ressalvados os aspectos peculiares relativos à prestação de serviços médicos pela empresa. E esse é um problema que se agudiza muito, porque médicos, por diversas razões, porém sem maior exame da matéria jurídica, estão constituindo empresas para a prestação desses serviços. No momento em que essa prática ocorre, a responsabilidade sai do campo da teoria da culpa e passa para a responsabilidade objetiva, com enorme repercussão nas ações indenizatórias. A transmutação do serviço pessoal do médico para uma empresa, até mesmo em certas circunstâncias vantajosas do ponto de vista tributário, pode ter, portanto, do ponto de vista da responsabilidade, severas consequências.

Um dos pontos nucleares da responsabilidade médica é exatamente o de identificar o erro. Não se deve falar em erro médico, mas em erro do médico. Já se viu que esse tipo de erro é fruto da negligência, da imprudência e da imperícia, razão pela qual o médico será responsabilizado nessas precisas circunstâncias. Todavia, há uma corrente, hoje, que defende a distinção entre o chamado erro profissional, que seria insuscetível de acarretar a responsabilidade, e o erro do médico propriamente dito, este, sim, passível da responsabilidade. O primeiro aconteceria quando a conduta médica fosse correta, mas a técnica incorreta; o segundo quando a técnica é correta e sua conduta incorreta. De todos os modos, um dos aspectos mais difíceis é o da identificação do erro do médico.

Há um autor clássico no Direito brasileiro, Carvalho Santos, que, nos comentários ao art. 1.545 do Código Civil de 1916, fez algumas observações, inclusive limitativas da atividade do Juiz quando da identificação do erro do médico. Escreveu ele que o Juiz não deveria interferir de nenhuma maneira nos aspectos técnicos da prestação de serviços, mas isso está completamente ultrapassado. Hoje, o Juiz, independentemente do recurso à perícia médica, tem plena autonomia para decidir com o seu sentido, com a sua percepção da realidade, com o seu convencimento – e só à consciência está subordinado. Não há dúvidas de que, quando se faz essa afirmação, não se tem presente que o Juiz substitua o médico, mas que seja capaz de aferir o conjunto de circunstâncias concretas que autoriza a identificação do erro do médico, o que deve fazer com segurança, equilíbrio e bom senso.

Atul Gawande escreveu um livro extremamente interessante, denominado *Complicações*, no qual abordou os dilemas do cirurgião diante de uma ciência imperfeita e mostrou que o estado essencial da Medicina hoje – aquilo que faz com que ser paciente seja tão doloroso, ser médico tão difícil e ser parte da sociedade que paga as contas tão irritante e aflitivo – é exatamente a incerteza. Diz ele que, com tudo o que se sabe nos dias de hoje sobre as pessoas, as doenças e como diagnosticá-las e tratá-las, pode ser difícil compreender a profundidade com que a incerteza ainda domina.

Na qualidade de médico – diz o doutor Gawande –, acaba-se por descobrir, contudo, que a dificuldade para tratar das pessoas está freqüentemente no que não se sabe. O estado básico da Medicina é a incerteza, e a sabedoria, tanto para pacientes quanto para médicos, é definida pela maneira como lidam com ela. Isso é a consciência de que a Medicina é uma ciência imperfeita, um empreendimento de conhecimentos em estado de mutação constante, de informações incertas, de indivíduos falíveis e, ao mesmo tempo, lidando com vidas em risco. Há ciência no que os médicos fazem, mas não só isso: há hábito, intuição e, por vezes, pura e simplesmente, adivinhação, palpite. Erros acontecem, mas não podem ser tomados sempre como aberrações. Não é possível se conceber, sempre, que um determinado erro signifique uma aberração e que isso leve à consequência da responsabilidade civil.

Nos Estados Unidos, por exemplo – e é algo curioso –, há diversos estudos realizados em escolas, inclusive com professores especializados, para evitar a freqüência com que vêm ocorrendo esses erros dos médicos. O doutor Gawande cita um estudo feito por um grande especialista na matéria, Lucian Leape, no qual ressalta que, em algumas empresas, como prestadoras de serviços e a indústria aeronáutica, há uma redução notável do índice de erros. Diz que a freqüência de erros operacionais na aviação caiu a um para cada 100 mil vôos, e a maioria desses erros não tem conseqüências prejudiciais, ou seja, tem havido um esforço nessas fábricas e serviços para evitar esse tipo de acontecimento, que pode causar lesões. É claro – escreve o doutor Gawande – que os pacientes são mais complicados e idiossincráticos do que aviões, e a Medicina, evidentemente, não deixou de empregar um produto específico, nem mesmo um catálogo de produtos.

Assim, como se pode conceituar o erro do médico? O melhor conceito foi dado pelo professor Júlio de Moraes: “O erro do médico, na medida em que o médico não é infalível, é aquele que um profissional de média capacidade, em idênticas condições, não cometeria.”

Esse é um norte extremamente poderoso para os Juízes, para os advogados e para os membros do Ministério Público, no sentido de identificar um conceito que seja substantivo daquilo que é o erro do médico. O que importa é exatamente isto: se o médico agir de acordo com as técnicas médicas em seu poder, utilizando todos os recursos disponíveis, o eventual erro poderá ser escusado, mas sempre podendo e devendo o Magistrado examinar amplamente as circunstâncias concretas de cada caso. Como disse o professor Meyer, para identificar a responsabilidade, primeiro o médico deve aprender a medir a capacidade dos meios de que dispõe em relação àqueles que seus antecessores usaram. Uma apreciação ponderada da natureza do progresso é indispensável à percepção das vantagens e dos perigos.

Com efeito, o clínico nada mais é do que um cão perdigueiro. Deve farejar tudo, buscar exaustivamente cada possibilidade diagnóstica, e há um caso exemplar nesse sentido trazido por Atul Gawande em seu livro: uma paciente chegou ao hospital apresentando todos os sintomas para um diagnóstico de celulite, a qual seria facilmente curada com a administração de antibióticos. O médico fez uma observação dos sintomas apuradamente, mas, como há pouco tempo havia cuidado de outro paciente que apresentava sintoma parecido e que, ao ser examinado mais detalhadamente, descobriu-se ser portador de uma doença fatal chamada fascite necrotizante, infecção por bactérias assassinas e devoradoras de carne, ficou com aquilo na cabeça e resolveu chamar um colega cirurgião do mesmo hospital para fazer um atendimento à paciente. Ele a examinou e verificou que, realmente, os sintomas recomendavam o diagnóstico de celulite, e não fascite necrotizante. O outro médico insistiu. Resolveram, então, levá-la para a sala de cirurgia, onde foi feita uma incisão e retirada uma parte para o exame do patologista. O patologista examinou e disse não ter uma conclusão, por isso chamaria um colega especialista para examinar. Esse colega chegou, examinou e disse que não parecia, mas que havia algo indicando tal possibilidade. Os médicos, então, retornaram à sala de cirurgia para a retirada de tecidos, instalando-se, finalmente, o terrífico diagnóstico. A moça foi operada mais quatro vezes, e o médico cirurgião-chefe assumiu a responsabilidade de decidir pela não-amputação do membro, achando que o que tinha feito já era suficiente. Naquele momento, a resolução de optar pela não-amputação do membro foi uma decisão difícil que o médico teve que tomar, considerando a sua própria avaliação, em virtude da emergência, mas que, graças a Deus, naquela circunstância, tinha sido absolutamente exemplar. Por isso, o diagnóstico depende de dedicação da atenção do clínico, o cão perdigueiro, o farejador, que não deve satisfazer-se com o primeiro momento. O cuidado verificado na busca dos sintomas apresentados, esgotando-se as possibilidades e observando-se a realidade do atendimento, deve ser levado em consideração pelo Juiz.

Não se pode comparar os recursos do médico do interior com os do médico da capital nem colocá-los no mesmo patamar para efeito da responsabilidade: deve-se tê-los como diferentes, porque diferentes são os cenários dos atendimentos prestados nesses âmbitos.

Em psiquiatria, por exemplo, as condições diagnósticas e a prescrição terapêutica são extremamente difíceis. Há um estudo que mostra que pacientes tratados em países diferentes receberam tratamentos diferentes, sendo, em alguns casos, identificado o transtorno esquizofreniforme como depressão bipolar, com graves conseqüências para o paciente. O tratamento desses pacientes – alguns diagnóstica-

dos como esquizofrênicos, outros como portadores de transtorno bipolar – levou a situações em que a doença pôde se transformar em crônica. Se o paciente tivesse recebido o diagnóstico preciso desde logo, provavelmente não teria acontecido.

Esse é um exemplo das enormes dificuldades ainda hoje ocorrentes no tratamento psiquiátrico, extremamente complicado, porque o diagnóstico é, às vezes, complexo em decorrência das estreitas fronteiras entre uma patologia e outra e porque as dosagens medicamentosas são difíceis de ser acertadas, variando de paciente para paciente. O psiquiatra sofre mais na mão do paciente do que o paciente na mão dele, porque, nem sempre, há a compreensão de que o psiquiatra, quando aplica uma determinada dosagem medicamentosa, depende da reação do paciente, ou seja, a dose correta muitas vezes somente é obtida após algum tempo. Por isso, na apuração da responsabilidade neste campo, o Juiz deve sempre considerar os cuidados que foram dispensados ao paciente lesado, e o médico nunca pode descurar de suas obrigações, o que hoje tem acontecido com certa frequência. Os médicos, até mesmo por uma série de circunstâncias concretas do sistema de assistência e saúde, tratam os pacientes com tal distância, sem a necessária doação e, sobretudo mesmo, com realismo beirando o terrorismo, que os pacientes se vêem indefesos.

É necessário examinar, ainda, a parte deontológica da relação médico-paciente, um aspecto fascinante. O dever do médico de informar ou não o paciente da doença que sofre, dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, é um dos pontos mais desafiadores. O importante, porém, é que a ligeireza e a falta de atenção são fortes elementos para a identificação da culpa do médico, levando, muitas vezes, ao atrito com o seu paciente.

Quanto ao atendimento, deve ser revestido de cautela, atenção, compaixão, amor, humildade diante do saber e da riqueza do ser do homem, porque, na realidade, há uma relação que extrapola a profissional – médico-paciente – a de amor entre aquele que sofre e aquele que Deus pôs no caminho para tentar salvá-lo do sofrimento, dotada de racionalidade e de liberdade, qualidades essenciais da própria natureza humana, como ensinaram Aristóteles e São Tomás de Aquino.

No campo da cirurgia, os critérios, ainda que não sejam muito diversos, têm algumas peculiaridades. É claro que o cirurgião moderno tem hoje uma responsabilidade maior do que antes, porque conduz o paciente pelas fases do diagnóstico, do preparo operatório, da intervenção cirúrgica propriamente dita, do pós-operatório e da reabilitação, e as cirurgias têm a grande vocação de tratar casos críticos ou de criar condições agudas para que a doença seja eliminada, e assim o fazem todos os cirurgiões por meio da manipulação do corpo do paciente.

Outro problema existente é a separação, na cirurgia, dos diversos participantes do ato cirúrgico. Antigamente, o professor Fernando Paulino dizia que o cirurgião-chefe era o único responsável por tudo o que ocorresse dentro da sala de cirurgia. Hoje em dia, destacam-se algumas figuras dentro do tratamento cirúrgico, entre elas, a do anestesista, que tem um papel independente do cirurgião-chefe, salvo se é da responsabilidade do cirurgião-chefe, ou seja, não vai ao quarto examinar o paciente, não tem contato com ele, não estabelece com ele uma relação autônoma. Há diversos acórdãos dizendo que o paciente que sofreu uma lesão no ato cirúrgico em decorrência de um choque anestésico pode responsabilizar, também, o cirurgião-chefe, porque seria solidário com o anestesista, na medida em que este faz parte da equipe daquele.

É válido ressaltar ainda alguns aspectos importantes. Não pode o cirurgião que fez uma cirurgia pequena – não existem cirurgias simples, todas são complexas, das menores até as chamadas grandes cirurgias – deixar o seu paciente a descoberto. Um cirurgião que opera, viaja e deixa os assistentes no seu lugar, mesmo que o paciente saiba disso, está suscetível de sofrer ação por responsabilidade médica, se ocorrer algum evento danoso em decorrência da cirurgia.

É muito importante que esse entendimento esteja no subconsciente do cirurgião, porque ele não é apenas o responsável por aquele ato cirúrgico, e sim por todo o acompanhamento do paciente até a sua saída do hospital. Quem tem que dar a alta do hospital após uma cirurgia não é o médico-clínico, mas o cirurgião, porquanto tudo decorre do procedimento cirúrgico a que o paciente foi submetido.

Há muitos médicos fazendo procedimentos cirúrgicos em consultórios, a exemplo de algumas cirurgias dermatológicas. O próprio cirurgião dermatológico aplica a anestesia, o que é um risco enorme, porque qualquer que seja o tipo pode causar uma reação anafilática, acarretando, se o consultório não estiver ambientado para a emergência, um complicador, o que pode configurar erro gravíssimo. O mesmo está acontecendo no campo da cirurgia plástica, uma vez que estão sendo realizadas cirurgias plásticas em consultórios e em clínicas que não estão aparelhadas devidamente. Nesse sentido, o cirurgião cumpre um relevante papel, visto que a ele compete, também, verificar se o instrumental cirúrgico está operacional, se está em bom funcionamento.

Outro campo de muita controvérsia é o da responsabilidade civil em cirurgia plástica. Duas correntes já se formaram. Uma, que diz haver obrigação de resultado; outra, que defende haver obrigação de meio, porquanto a cirurgia estética é uma cirurgia como qualquer outra, mesmo porque não se pode dizer que a cirurgia estética, em si mesma, seja puramente estética. A propósito, uma pessoa que tenha um

defeito grave no nariz, pode padecer emocionalmente daquele problema, e, nesse caso, a cirurgia estética é uma cirurgia terapêutica e curativa também para a alma do paciente. Uma senhora que tenha mamas grandes deve ter, em consequência, problema postural. A cirurgia, nesse caso, não resultará apenas na correção das mamas, mas também na da própria postura da paciente, evitando lesões na coluna.

Por último, é primordial fazer referência à responsabilidade dos hospitais e dos planos de saúde, o que tem suscitado alguma controvérsia, hoje mais pacificada, após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Já se admite, sem qualquer sombra de dúvida, que os hospitais e os planos de saúde, mesmo aqueles criados na forma de cooperativas, são responsáveis. Não apenas o médico é responsabilizado; há uma responsabilidade do plano de saúde na escolha do médico credenciado. Todos os julgados hoje já estão se encaminhando nesse sentido.

Algo importante é que, em estudos feitos nos Estados Unidos, muitas das complicações sofridas por pacientes internados eram devidas, exatamente, a erros de atendimento. Isso se deve, basicamente, ao problema da infra-estrutura hospitalar, o que é inconcebível. Só no Brasil admite-se que nos Centros de Terapias Intensivas trabalhem enfermeiros sem curso superior, ou seja, técnicos de enfermagem desempenham o serviço que seria próprio de pessoas com curso superior. Esse é um erro grave, que acarreta uma enorme responsabilidade dos hospitais. Outro dado é que os hospitais se preocupam mais com o embelezamento, com a hotelaria, com a fachada, mas não com os equipamentos, com o aperfeiçoamento do pessoal. Esse também é um erro muito grave, que conduz, certamente, a problemas de toda ordem em matéria de responsabilidade civil.

O tema é relevante. Muito há ainda para examinar. O que vale, porém, é o despertar da consciência de todos os que atuam na área médica e na área jurídica para o problema.

## **Nota**

\*Adaptação de conferência proferida na Academia Nacional de Medicina em 10 de julho de 2003.

## **Resumo**

O artigo trata da relação médico-paciente e sua submissão ao *Código de Defesa do Consumidor*. Distingue a responsabilidade civil pessoal do médico, calcada na culpa, da responsabilidade da empresa constituída para prestação de serviço médico, que é objetiva. Adiante procura estabelecer a precisa caracterização do erro médico, salientando a necessidade de se considerarem as circunstâncias concretas do atendimento médico prestado, para se aferir eventual responsabilidade civil.

Comenta algumas relações específicas entre o médico e o paciente, como o caso do psiquiatra e do cirurgião, finalizando a análise da responsabilidade dos planos de saúde pela escolha dos médicos credenciados.

Palavras-chave: Erro médico; Responsabilidade civil; Responsabilidade médica; Dignidade humana; Terapia; Interação médico-paciente.

### **Abstract**

The article deals with the relation between doctors and patients as approached in the context of the *Consumer's Rights Defense Code*. It distinguishes the personal civil responsibility of doctors, founded on guilty, from the objective responsibility of health services enterprises. The precise characterization of *medical error* founded in guilty is discussed, with particular attention to the necessity to take into account the circumstances of medical attention in order to evaluate civil responsibility. It comments on some specific aspects of the relationship between doctors and patients, as in the cases of psychiatrists and surgeon and analyses the responsibilities of health insurance companies in the selection of their own professional staff.

Key words: *Medical error*; Civil responsibility; *Medical* responsibility; Human dignity; Therapy; Medical-patient relation.

### **Resumen**

El artículo trata de la relación médico-paciente y su sumisión en el *Código de Defensa del Consumidor*. Distingue la responsabilidad civil personal del médico, basada en la culpa, de la responsabilidad de la empresa constituida para prestación de servicio médico, que es objetiva. Adelante, procura establecer la precisa caracterización del error médico, resaltando la necesidad de considerar las circunstancias concretas de la atención médica, para evaluar eventual responsabilidad civil. Comenta algunas relaciones específicas entre el médico y el paciente, como el caso del psiquiatra y del cirujano, finalizando el análisis de la responsabilidad de los planos de salud por la elección de sus médicos.

Palabras clave: Error médico; Responsabilidad civil; Responsabilidad médica; Dignidad humana; Terapia; Interacción médico-paciente.



## **I – O poder de tributar<sup>1</sup>**

O Poder de Tributar do Estado é o poder que garante sua existência, pois viabiliza sua estrutura organizacional interna e sua independência externa, assegurando-lhe as receitas necessárias para honrar seus compromissos pela arrecadação dos tributos. Portanto, não se trata simplesmente de impor à população este ou aquele modelo de sistema tributário. É preciso que este esteja em conformidade com o cenário econômico atual e seja aprovado pela sociedade.

A globalização dos mercados e o surgimento de blocos econômicos<sup>2</sup> têm impulsionado as transformações tributárias nas últimas décadas. As necessidades oriundas desses processos têm ditado as novas tendências tributárias levando os países a adaptar seus sistemas de tributação à nova realidade que tem como principais bases tributáveis o consumo e a renda<sup>3</sup>.

Nesse contexto, a tributação da renda é a que mais modificações vem sofrendo. Atualmente, o Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) caracteriza-se por estruturas de alíquotas progressivas, níveis mínimos relativamente altos e deduções especiais. Esse modelo tem como vantagem a sugestão de que os ricos são mais tributados que os pobres em razão da progressividade das alíquotas, bem como oferece maior transparência à sociedade quanto ao padrão nominal das taxas praticadas. A desvantagem é que estreita a base a ser explorada, obrigando a aplicação de uma alíquota de imposto marginal alta, o que estimula a fuga para o não-pagamento do tributo.

A tendência é a expansão da base tributável passando a incluir todas as formas de renda e a menor graduação das alíquotas<sup>4</sup>. Assim, a tendência tem sido no sentido de aproximar a alíquota marginal do IRPF da alíquota do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ). A vantagem é que se eliminam desigualdades horizontais no sistema com a tributação de toda renda à mesma alíquota, além de não outorgar preferências especiais e reduzir custos de cumprimento da obrigação e da administração tributárias. A desvantagem é que não se coaduna com a regra da justiça fiscal sendo considerado regressivo. E, ainda, a inclusão de todo e qualquer rendimento na base tributável da renda pode significar desestímulo à poupança e incentivo à fuga de capitais<sup>5</sup>.

A tributação da renda no tocante à pessoa jurídica tem apresentado complexa estrutura de apuração do tributo, culminando com uma base tributável que mais resulta de efeitos econômicos distorcidos do que propriamente de resultados econômicos efetivos, guardando pouca (ou nenhuma) similaridade com a renda na condição de acréscimo patrimonial. A tendência é redução da alíquota do imposto, ou, como em alguns países, a exigência de contribuição mínima sobre ativos brutos, patrimônio líquido, ativos líquidos ou receita bruta.

Os impostos que têm despertado maior atenção como fonte de receitas são aqueles sobre o consumo local de bens e serviços, como é exemplo o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA)<sup>6</sup>, associados a impostos seletivos<sup>7</sup>. A experiência tem demonstrado que são relativamente fáceis de administrar, pois o IVA é, em grande medida, autocontrolado. A base do IVA é geralmente complementada com alguns impostos seletivos normalmente sobre combustíveis, fumo, bebidas, automóveis e jogos de azar.

Um IVA de alíquota uniforme é administrativamente mais simples do que um IVA com estrutura de alíquotas múltiplas<sup>8</sup>. Porém, países que utilizam o IVA para a redistribuição de renda e para o desenvolvimento regional adotam alíquotas múltiplas, que implicam custos mais altos e possíveis perdas de ingressos devido às dificuldades de controle.

Nesse caso, a solução intermediária seria a classificação dos bens e serviços em três categorias: (i) bens básicos – alíquota zero ou muito baixa; (ii) bens normais – alíquota geral intermediária; (iii) bens de luxo – alíquota alta<sup>9</sup>. Entretanto, tal solução somente se sustenta se temporária e com um mínimo de harmonização tributária, principalmente nos países que adotam o sistema federativo, como o Brasil.

A interdependência e a integralização dos mercados no mundo atual têm modificado substancialmente a forma de atuação do Poder de Tributar dos países. Muito mais que gerar receitas, esse Poder, aliado a um conjunto de políticas interna (regional) e externa, tem sido responsabilizado pela distribuição da riqueza e desenvolvimento dos povos desses países. Embora permaneça o estigma de Poder impositivo, coercitivo e arrecadador de receitas do Estado, tem hoje reconhecido e assumido o seu caráter social há muito esquecido. Não pode mais ser visto fora desse contexto, isoladamente, porque do seu desempenho dependem o desenvolvimento do Estado e o bem-estar do seu povo.

No caso do Brasil, um modelo de sistema tributário nacional eficaz somente ocorrerá com a definição do modelo de Estado que se quer implantar, o que passa, sem dúvida, por uma reforma ampla do Estado – a reforma administrativa – já iniciada, mas com muito a realizar até sua conclusão. Concomitantemente, deve ser

definida sua estrutura de Governo e dos Poderes do Estado, assim como as responsabilidades dos seus ocupantes, mediante ampla reforma política. E, por fim, a reforma tributária para garantir toda essa estruturação.

Entretanto, invertendo a pauta, nada impede que o Governo busque, imediatamente, solução para a sobrecarga tributária<sup>10</sup> reinante, que penaliza os cidadãos, as empresas e os meios de produção, onerando, conseqüentemente, nossos produtos, que perdem competitividade no mercado internacional.

É unânime a grita por uma reforma tributária efetiva traduzida em um sistema tributário nacional capaz de corrigir distorções provocadas por tributos – como a CPMF, Cofins, PIS e outras contribuições de cunho eminentemente arrecadatório, que retiram a competitividade dos produtos brasileiros nos mercados internacionais – evitar a “guerra fiscal” entre os estados-membros, incentivar a poupança interna, facilitar a atração de capitais externos e a integração no mercado mundial<sup>11</sup>.

É absolutamente ilógico que o Brasil, como Estado federal, único detentor da soberania, e fruto da união indissolúvel de estados-membros, detentores apenas de autonomia, deixe sucumbir interesses nacionais ante os das Unidades, ou que fomenta entre elas insana disputa por receitas tributárias. Isso contraria o princípio federativo, cláusula pétreia da Carta Maior e, conseqüentemente, o objetivo da federação, o pacto federativo e a mais singela noção de sistema tributário.

O sistema tributário atual tem suas origens na reforma da década de 60. Contudo, o federalismo foi reforçado pela transferência de competências e receita da União para os outros dois níveis de Governo.

A União, Estados federados, Distrito Federal e Municípios ficaram com competências tributárias exclusivas. À União coube, ainda, a competência residual e para instituir contribuições sociais. Apesar de cada nível de Governo possuir competência tributária própria, conforme acima referido, a Constituição Federal de 1988 determinou nos artigos 157 a 162 a forma por meio da qual as receitas tributárias devem ser repartidas entre os entes da Federação<sup>12</sup>.

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.94, foi instituído o Fundo Social de Emergência (FSE), a vigorar nos exercícios de 1994 e 1995, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica.

Os recursos do FSE também são utilizados para o financiamento do custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive, liquidação de passivo previdenciário e outros programas de relevante interesse econômico e social.

Da década de 80 para cá, a carga tributária brasileira em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) apresenta relativa estabilidade em torno do patamar de 22% até o início do anos 90. Registra apenas dois acréscimos significativos: o primeiro, em 1990, com o aumento da arrecadação pelas medidas implementadas pelo Plano Collor chegando a 29,46%; o segundo, em 1992, atingindo 25,13%. A partir de 1994, a carga tributária efetiva brasileira atingiu 28,93% do PIB, e recentes dados mostram que chegou a 36%, antes tidos apenas como capacidade tributária<sup>13,14</sup>.

Numa rápida comparação com os países desenvolvidos, registra-se que o consumo participou com cerca de 31% das principais receitas, na última década. No Brasil, o consumo ficou no patamar de 41% nos últimos anos. A renda pessoal destaca-se naqueles países como segunda principal fonte de receita, evoluindo recentemente da posição de 26% para 31%. No Brasil, o IRPF ocupa a terceira posição relativa, participando com 10% do total (correspondente a 4,01% do PIB), o que significa apenas 39% do valor tributado nos países da OCDE.

As Contribuições Sociais ocupam a terceira posição relativa na OCDE, evoluindo de 18%, em 1965, para cerca de 24%, atualmente. No Brasil, as contribuições ocupam o segundo lugar, registrando, em 1993, o ponto máximo de 36%<sup>15</sup>. O quarto lugar é ocupado pela tributação das PJ ao redor de 8%, tanto nos países da OCDE quanto no Brasil<sup>16</sup>.

As maiores distorções entre os sistemas tributários aqui comparados residem na tributação sobre a propriedade, que, nos países da OCDE, foi reduzida do patamar de 7%, em 1965, para cerca de 5%, atualmente. No Brasil, os melhores índices, só recentemente alcançados, situam-se abaixo de 2%<sup>17,18</sup>.

A grande falha do sistema tributário atual reside no fato de que a rígida distribuição de competências entre as unidades políticas, aumentando seu grau de autonomia, não foi acompanhada de uma política fiscal apropriada e, muito menos, de uma política de desenvolvimento nacional. Agravada a situação pela crise do setor público incapaz de honrar seus compromissos, fez surgir, entre as Unidades, busca desenfreada de receitas para resolvê-los, a que se denominou “guerra fiscal”.

A falta de planejamento que visasse compatibilizar maior e melhor arrecadação com desenvolvimento nacional e regional fez surgir incentivos fiscais, isenções e deduções sem o mínimo critério legal, a ponto de, muitas vezes, Estados e Municípios passarem de credores a devedores dos contribuintes. Essa disfunção de políticas, a inexistência de integração e cooperação entre as administrações tributárias e a inversão de papéis entre entidades tributantes e contribuintes têm comprometido muito o atual sistema tributário.

## II – A proposta de sistema tributário nacional

A Proposta de Sistema Tributário Nacional a ser apresentada procura resgatar a noção de sistema<sup>19</sup>, sem que se tenha ofendido o princípio federativo consagrado na Constituição Brasileira de 1988 e os demais princípios que regem nosso Estado, Soberania e o próprio Poder de Tributar. Daí a proposta de federalização dos tributos.

A federalização tributária não implica concentração de competências impositivas nas mãos da União (ou Governo Federal), muito menos perda de autonomia e receitas por parte das unidades políticas. Ao contrário, significa a concentração dessas competências nas mãos do Congresso Nacional, que, como porta voz da vontade nacional, está legitimado a legislar sobre a matéria. A autonomia é assegurada pelo aporte de receita distribuída automaticamente a cada ente político com percentuais definidos na Carta Política.

A distribuição das receitas tributárias será automática a partir do montante gerado em cada Unidade. Também seriam criados os fundos de desenvolvimento nacional e regional (FDN e FDR), a partir de percentuais extraídos desse montante, com uma administração mista composta por representantes do Executivo de cada Unidade federada e do Congresso Nacional, podendo ser dividido em grupos e subgrupos de acordo com as regiões indicadas pelas respectivas políticas de desenvolvimento. Os critérios para obtenção de recursos a partir desses fundos serão definidos pelas políticas de desenvolvimento que visam instituí-los. Os benefícios fiscais também seriam disciplinados por elas.

Em suma, a Proposta consagra os princípios fundamentais constitucionais e tributários, garantindo a federação e a autonomia das Unidades políticas mediante um federalismo integrado e cooperativo, bem como visa aumentar a arrecadação com o aumento da base tributável e o combate à sonegação, distribuir melhor a carga tributária (justiça tributária), desonerar a produção, distribuir desenvolvimento (princípio social do tributo) e promover a abertura do País para o mercado global. Vamos a ela:

### 2.1 – Objetivos

Os objetivos da Proposta devem ser desenvolvidos concomitantemente, podendo receber a seguinte classificação:

- **imediatos**: a elaboração de política fiscal e tributária nacional, de um planejamento estratégico para as áreas de maior concentração arrecadatória e de políticas de desenvolvimento nacionais e regional;

- **mediatos:** o aumento da arrecadação, a desoneração da produção, a modernização da fiscalização e administração tributárias, a integração cooperativa dos entes políticos da federação e a competitividade do mercado brasileiro.

## 2.2 – Fundamentos

### A proposta tem como fundamentos:

- **a federalização dos tributos:** os tributos de modo geral passam a ter caráter federal, possuindo elementos (fato gerador, base de cálculo, alíquota e sujeitos) uniformes em todo o território. Os critérios para definição das bases de cálculo serão estabelecidos em lei. Compete ao Congresso Nacional legislar sobre a matéria. A tributação ocorrerá na origem, facilitando a arrecadação e a fiscalização;
- **a autonomia financeira das unidades políticas:** cada Unidade terá garantido o aporte de receitas tributária na Constituição cuja distribuição será automática e a fiscalização compartilhada;
- **a ampliação da base tributável:** a base tributável será ampliada, considerando, para os impostos diretos, a progressividade e, para os impostos indiretos, a generalidade de operações com bens e serviços, além da redução das alíquotas marginais;
- **a modernização das administrações tributárias:** as administrações tributárias deverão estar informatizadas, possibilitando a troca de informações (integração/cooperação) e a identificação de qualquer contribuinte (pessoa física ou jurídica) por meio de um cadastro nacional com código único;
- **a territorialidade na distribuição de receitas:** o produto tributário gerado em cada Unidade é que será objeto da distribuição automática. O acesso aos fundos de desenvolvimento dependerá dos critérios e etapas estabelecidos nas políticas de desenvolvimento;
- **a integração e cooperação:** a receita tributária é responsabilidade de todas as Unidades. Todas arrecadam, fiscalizam e se beneficiam. Há competitividade no sentido do desenvolvimento cada vez maior de cada Unidade, nunca na competição irracional (guerra fiscal), em que todos perdem.

## 2.3 – Tributos

Os tributos são regidos pelos critérios da progressividade, generalidade e não-cumulatividade, compreendendo as seguintes **espécies**: (a) imposto; (b) taxa; (c) contribuição de melhoria; (d) contribuição social.

### a) Impostos

Os impostos são divididos em classes que receberiam numeração de 1 a 5 de acordo com suas características, facilitando a identificação e repartição de receitas, conforme a seguir:

#### Classe nº 1

A Classe nº 1 seria constituída pelo **imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IRPF) ou lucro (IRPJ)**; a base de cálculo, o valor da renda/proventos ou lucro auferidos definidos a partir de um mínimo (por exemplo: três salários mínimos/mês para o IRPF e 3 mil Ufirs/mês para IRPJ); a alíquota, progressiva para pessoas físicas (por exemplo: 3%, 6%, 9%, 12%, 15%, 18% e 21%) e pessoas jurídicas (por exemplo: 5%, 10%, 15%); e os contribuintes, as pessoas físicas e pessoas jurídicas, respectivamente.

Observamos que, no caso das pessoas jurídicas, todo o lucro seria oferecido à tributação, não obstante o mínimo sugerido. As adições e exclusões para a formação da base de cálculo importariam em rubricas objetivas definidas legalmente em razão de cada atividade. Para as pessoas físicas, adotar-se-ia o mesmo princípio, ou seja, só seria permitida alteração na base de cálculo para menor com despesas em educação, previdência oficial e privada, médica e moradia própria objetivamente definidas na lei.

#### Classe n.º 2

A Classe nº 2 seria constituída pelo:

- **Imposto sobre Operação e Movimentação Financeira (IOMF)** em substituição ao Imposto sobre Operação Financeira (IsOF) e à Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF); a base de cálculo, o valor da operação ou movimentação financeira; a alíquota, única (por exemplo: 0,15%); e o contribuinte, a pessoa física ou pessoa jurídica,

podendo deduzir o montante do IRPF ou IRPJ a ser pago. Na verdade, o IOMF teria duas funções: (i) a antecipação de receita tributária; (ii) a utilização como instrumento de combate à sonegação;

- **Imposto sobre Importações (II)**: a base de cálculo seria o valor do bem importado; a alíquota, progressiva segundo a utilidade do bem com critérios definidos em lei (por exemplo: 5%, 10%, 15%); e o contribuinte, o importador;
- **Imposto sobre Exportações (IE)**: a base de cálculo, o valor do bem exportado; a alíquota, única, a ser definida; e o contribuinte, o exportador.

Observamos que nesta classe estão os denominados impostos reguladores de mercado, sendo que o Imposto sobre Exportações, a princípio, teria alíquota “zero”, e o Imposto sobre Importações, alíquotas maiores para automóveis, produtos eletroeletrônicos e outros de consumo; alíquotas reduzidas para os demais produtos; e “zero” para insumos.

### Classe nº 3

A Classe nº 3 seria constituída pelo **Imposto sobre Valor Agregado ou Acrescentado (IVA)** em substituição ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN); à Contribuição Social sobre o Lucro (CSsL); à Contribuição Social para a Seguridade Social (Cofins); à contribuição social para o Programa de Integração Social (PIS) e de formação do patrimônio público (Pasep); e à contribuição social do salário-educação e outras. A regra é de incidência na origem como frisado anteriormente.

Os elementos deste imposto teriam, como base de cálculo, o valor de todas as operações com bens e serviços resultantes da metodologia de débito e crédito a ser aplicada pelo contribuinte, devido ao caráter não-cumulativo do tributo; alíquota única (por exemplo: 15%); e contribuinte todo consumidor final pessoa física ou pessoa jurídica tendo como responsável tributário, inclusive por substituição, toda pessoa jurídica.

### Classe nº 4

A Classe nº 4 seria constituída pelo **Imposto sobre Bens Móveis e Imóveis (IBMI)** em substituição ao Imposto Territorial Rural (ITR), ao Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), ao Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e à causa

mortis. Seus elementos são os seguintes: base de cálculo, o valor de mercado do bem móvel ou imóvel a ser definido segundo critérios objetivos de avaliação estabelecidos legalmente; alíquota, progressiva e fixada segundo a utilidade do bem, se móvel, e a finalidade, se imóvel, comungadas com os critérios antes mencionados; o contribuinte, todo proprietário pessoa física ou pessoa jurídica.

## **Classe n° 5**

A Classe n.º 5 constituir-se-ia pelo imposto seletivo sobre consumo de bens e serviços específicos (por exemplo: fumo, bebidas, telecomunicações, energia elétrica, água e saneamento básico e combustível; a base de cálculo, o valor de cada operação; as alíquotas, únicas para cada bem ou serviço a serem definidas; e o contribuinte, todo consumidor pessoa física ou pessoa jurídica.

As pessoas jurídicas integrantes da cadeia produtiva poderiam deduzir parte do crédito desses impostos do IVA a ser recolhido.

### **b) Taxa**

A taxa seria cobrada pela contraprestação dos serviços prestados ou colocados à disposição da sociedade por Unidade política. A base de cálculo seria o valor da contraprestação; a alíquota ad valorem ou única para cada serviço; e o contribuinte, toda pessoa física ou pessoa jurídica. A arrecadação e fiscalização ficaria a cargo de cada Unidade, de acordo com os serviços efetivamente oferecidos.

### **c) Contribuição de melhoria**

As Unidades políticas cobrariam a contribuição de melhoria em decorrência da valorização de bens de particulares proporcionada por qualquer obra pública realizada por elas. A base de cálculo seria o valor da valorização, que obedeceria aos critérios de avaliação objetivos fixados em lei; a alíquota, única a ser definida; e o contribuinte, toda pessoa física ou pessoa jurídica.

### **d) Contribuição social**

O Sistema de Previdência<sup>20</sup> não estaria dissociado do Sistema Tributário Nacional. Logo, a estrutura do Sistema de Previdência teria:

- a paridade como forma de contribuição, ou seja, empregado e empregador contribuem com o mesmo valor;
- a unicidade do Sistema, ou seja, não há diferença para os setores público e privado.

A contribuição para a previdência e seguridade social teria como contribuintes toda pessoa física ou pessoa jurídica, bem como ambos seriam responsáveis tributários, importando a incidência sobre os salários, honorários ou pagamentos a terceiros realizados por elas; a base de cálculo seria determinada a partir de faixas com um valor mínimo (por exemplo: um salário mínimo) e um teto máximo para contribuição e aposentadoria (por exemplo: 10 salários mínimos); a alíquota seria progressiva (por exemplo: 5%, 10%, 15% e 20%).

Manter-se-ia o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) como mecanismo de seguro do trabalhador no caso de perda do emprego e de fonte de recursos para financiamento de moradia definido em legislação própria. Os elementos da relação jurídico-tributária seriam os mesmos da Contribuição Previdenciária. No caso de utilização para o financiamento de moradia, a aprovação dependeria das políticas de desenvolvimento.

Criar-se-ia o Fundo de Reserva da Seguridade Social - FRSS (Assistência, Previdência e Saúde) a partir da incidência da contribuição social à alíquota de 25% sobre o valor arrecadado nos concursos de prognósticos ou qualquer modalidade de jogos de loteria (ou azar) admitidos pela legislação.

#### **2.4 – Repartição de receitas tributárias**

As receitas seriam repartidas automaticamente entre as Unidades federadas a partir do montante gerado nos seus respectivos territórios com os percentuais fixados na Constituição. Como já se disse, a tributação seria na origem e a identificação do contribuinte e da Unidade política a que pertence por meio do seus números junto ao cadastro nacional.

Do montante arrecadado, parte dos impostos seria distribuída automaticamente e parte iria para a constituição dos fundos de desenvolvimento nacional e regional (FDN e FDR) em percentuais como a seguir:

- **Classe nº 1:** 55% à União; 30% ao FDN e 15% ao FDR;
- **Classe nº 2:** 35% à União; 20% aos Estados federados e Distrito Federal; 15% aos Municípios; 20% ao FDN e 10% ao FDR;
- **Classe nº 3:** 20% à União; 40% aos Estados federados e Distrito Federal; 10% aos Municípios; 20% ao FDN e 10% ao FDR;
- **Classe nº 4:** 20% à União; 30% aos Estados federados e Distrito Federal; 20% aos Municípios; 20% ao FDN e 10% ao FDR;
- **Classe nº 5:** 25% à União; 30% aos Estados federados e Distrito Federal; 15% aos Municípios; 20% ao FDN e 10% ao FDR.

Das taxas e contribuições de melhoria, cada Unidade política ficaria com os respectivos totais arrecadados. No caso da contribuição para a previdência e seguridade social, por óbvio, toda a arrecadação iria para o Instituto Nacional da Previdência e Seguridade Social (INSS).

## **2.5 – Fiscalização**

Como já foi dito e corroborando o fundamento da integração e da cooperação do sistema tributário proposto, a fiscalização seria compartilhada entre as Unidades políticas. Todos arrecadam, fiscalizam e ganham.

## **2.6 – Imunidade**

A imunidade teria previsão constitucional e seria somente a recíproca, ou seja, entre as Unidades federadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), extensiva às autarquias e às fundações públicas (§ 2º do artigo 150 da Constituição Federal de 1988).

## **2.7 – Isenção**

A isenção compreenderia somente os impostos relativos às **classes 1, 3 e 4**, podendo ser beneficiados: (i) subjetiva – **classes 1 e 4**: (a) templos de qualquer culto; (b) partidos políticos; (c) entidades sindicais; (d) instituições de educação, assistência e previdência social sem fins lucrativos comprovadamente no exercício das suas funções; (ii) objetiva – **classe 3**: a cesta básica de alimentos. A matéria seria tratada em Lei Complementar.

## **2.8 – Período de transição entre os sistemas tributários**

O período de transição entre um e outro Sistema dar-se-ia com a utilização dos fundos como contrapesos para que as Unidades políticas não perdessem receitas.

## **3 – Conclusões**

Por óbvio, a proposta apresentada não tem a pretensão de encontrar-se pronta e acabada. Ao contrário, está sujeita a críticas, aprofundamentos e revisões, inclusive, dos percentuais estabelecidos a título exemplificativo. Ela apenas sinali-

za para a possibilidade de simplificação, desoneração da produção, justiça fiscal e, no atual cenário, integração econômica com novos mercados, principais objetivos de qualquer sistema tributário racional e moderno, sem se descuidar do aperfeiçoamento dos mecanismos de arrecadação e fiscalização.

A proposta busca preservar, ainda, os fundamentos do Poder de Tributar da República Federativa do Brasil considerando que:

- o Brasil é um Estado Federal que adotou a forma republicana para se autogovernar e a democracia como seu principal sustentáculo. Daí decorrem os princípios a que se denominam fundamentais – democrático, legal, republicano e federativo – responsáveis pela apresentação e condução do Estado Brasileiro dentro e fora dos seus limites geográficos e que devem também nortear o seu Poder de Tributar, pois este é inerente ao Estado e à sua própria Soberania;
- o Estado Federal Brasileiro é o único titular da Soberania Nacional. A República Federativa do Brasil somente por ele pode ser representada, quer interna, quer externamente. O Estado Federal sobrepõe-se à União. Esta é unidade daquele, muito embora o substitua em questões internacionais principalmente de ordem econômica, devido à acumulação pelo Presidente da República das funções de Chefe de Estado, de Governo e do Executivo (ou Governo Federal);
- a Federação Brasileira possui suas peculiaridades, amoldadas durante a própria evolução política do país, da qual as unidades políticas – União, Estados federados, Distrito Federal e Municípios –, de forma direta ou indireta, vieram participar. Em razão disso, no tocante ao Poder de Tributar, foram várias as experiências, desde a mais rudimentar, no início colonial, reinado e império, até as centrífugas, centrípetas e de integração, conforme a participação mas efetiva, ou não, daquelas unidades do exercício desse Poder;
- a Constituição de 1988 consagrou a Federação Brasileira, ao distribuir, rigidamente, competências várias aos Estados federados e ao Distrito Federal, inclusive, tributárias, tornando-a cláusula pétrea. Porém, na prática, o que se viu foi uma busca desenfreada dessas unidades políticas por receitas tributárias a que se denominou guerra fiscal, causando distorções gravíssimas (evasão ou elisão de receitas) e comprometendo o sistema tributário nacional. Em razão da falta de política fiscal integrada e aliada a políticas de desenvolvimento nacional e regional, o que se tem visto é a sobretaxação da mesma base para que o Estado (federal e federado) possa honrar seus compromissos;

- a proposta de sistema tributário nacional apresentada visa preservar a Federação Brasileira por meio da eleição do Congresso Nacional como instituição responsável pela condução legislativa da matéria e integração das Unidades políticas, sem tirar delas qualquer autonomia com o aporte automático de receitas, garantido constitucionalmente. Nesse sentido, busca com a federalização tributária erradicar a competição infrutífera entre as Unidades, em que todos perdem, elas e o povo brasileiro, bem como estabelecer política e planejamento fiscais que, comungados a políticas de desenvolvimento nacional e regional, distribuam e cobrem desenvolvimento das Unidades, e não apenas continuar na distribuição de receitas nem sempre aplicadas devidamente.

Finalmente, o avanço tecnológico dos últimos anos fez com que o processo de interdependência dos mercados mundiais acelerasse muito. O fenômeno da globalização, na verdade, sempre existiu, apenas tornou-se mais evidente, necessário e veloz em razão do referido avanço.

Não há mais espaço, no cenário mundial atual, para Estados que tenham suas economias voltadas para si mesmos. A necessidade do estreitamento de relações comerciais e financeiras entre os Estados visando à alocação de mão-de-obra, à captação de recursos e à arrecadação de receitas transformou-se na principal bandeira e desafio dos países. Não há mais fronteiras físicas entre as Nações do mundo, esta é a verdade. Servem, apenas, como indicação geográfica.

Esse cenário tem contribuído para o desenvolvimento de processos de integração econômica e o surgimento de blocos econômicos regionais em construção, como são exemplos Aladi, Alca, Nafta e o Mercosul. Como o próprio nome diz, o processo de integração tende a evoluir, podendo chegar a uma integração monetária e política. Exemplo é o da União Européia, que já ultrapassou a fase de união monetária. Por isso, entende-se que, nos processos de integração, a soberania tende a ser substituída à medida que se avança o processo, impulsionado pela própria vontade popular, que é a origem do poder soberano. Portanto, não há perda da soberania, e sim sua substituição, fato bem diferente.

Nenhum Estado sobrevive sem recursos. E cada vez mais esses recursos são escassos em razão das necessidades da população que aumentam cada vez mais. Alia-se a isso, a má administração desses recursos, fruto da falta de planejamento e controle dos governos.

Portanto, o Poder de Tributar, responsável pela perenidade desses recursos, com a arrecadação das receitas tributárias, acaba por ser um dos principais atores deste espetáculo. Não se trata simplesmente de impor à população este ou

aquele modelo de sistema tributário. Ele precisa ser aprovado pela sociedade e, no caso de um Estado Federal, como é o Brasil, pelas demais Unidades políticas. Em razão do seu relacionamento com todos os elementos do Estado e sua própria Soberania, deve respeitar as peculiaridades que daí resultam. Coloca-se, enfim, no mesmo patamar de importância daqueles.

Como dito anteriormente, no caso do Brasil, para um modelo de sistema tributário nacional eficaz, é imprescindível a definição, na prática, do modelo de Estado que se quer implantar. Nessa reforma do Estado Brasileiro, a discussão de um novo pacto federativo é necessária, pois garantirá o comprometimento e determinará a responsabilidade de cada unidade política em prol do desenvolvimento do País e da manutenção da união indissolúvel que a federação representa.

O atual Governo, ainda com forte amparo das urnas, tem excelente oportunidade de convocar e conduzir ampla discussão, com os representantes de todos os setores da nossa economia e sociedade, que leve a uma reforma tributária efetiva, orientando-se, certamente, por algumas das sugestões anteriormente elencadas sem a pretensão de tê-las esgotado. Não deve desperdiçá-la, repetindo erros de outros governos que se limitaram a “reformas-tampão”, apenas para atender o fluxo de caixa.

A mundialização<sup>21</sup> dos mercados ditam novas regras e tendências tributárias, levando à criação de blocos econômicos. Nessa parceria, a harmonização tributária, tendo-se em conta essas novas tendências, é imprescindível para a sobrevivência desses blocos e dos próprios países que os compõem. Os sistemas tributários devem estar preparados para integrarem-se. Nesse contexto, tentar seguir passos diferentes é ficar na contramão e só.

## Notas

<sup>1</sup> A nova coqueluche em matéria de Direito Tributário, principalmente na Europa, é a defesa do conceito do cidadão-contribuinte, ou seja, o indivíduo, na condição de cidadão, contribui por meio dos tributos para a organização e desenvolvimento da sociedade, e o Estado-Moderno ou Estado de Direito, erigido sob os alicerces da Democracia e dos Direitos Humanos (*affair state*), tem o **direito** de exigir tais exações para que possa cumprir suas funções precípuas (educação, saúde, segurança, transporte, habitação etc.), contrapondo-se ao denominado **poder** de tributar do Estado de outrora, haja vista o conteúdo absolutista que a expressão abarca lembrando modelo (de Estado) ainda existente, mas que se deseja o fim.

<sup>2</sup> Os principais blocos econômicos são União Européia (EU), North American Free Trade Agreement (Nafta), Associação Latino Americana de Integração (Aladi), Área de Livre Comércio das Américas (Alca), Mercado Comum do Sul (Mercosul), Associação de Nações do Sudeste Asiático (Asean) e Southern African Development Community (SADC).

<sup>3</sup> As bases tributáveis clássicas são a propriedade, a renda e o consumo.

<sup>4</sup> “Não por acaso, as mudanças iniciaram-se e avançaram mais rapidamente naquilo que interfere com o movimento internacional de capitais. Como o dinheiro é a mercadoria que circula com maior facilidade e rapidez, práticas tributárias muito diferenciadas em economias maduras penalizam os países que fugirem ao padrão aceitável internacionalmente, promovendo uma rápida necessidade de ajustamento (o rebaixamento das alíquotas do Imposto de Renda de pessoas e de empresas, promovido pelos Estados Unidos em 1986, forçou uma rodada semelhante nos países europeus).” RESENDE, Fernando. *Evolução da estrutura tributária: experiências recentes e tendências futuras. Planejamento e políticas públicas*, n. 13, p. 25, jun. 1996.

<sup>5</sup> “Países em desenvolvimento, cujas margens de rentabilidade do capital investido forem mais favoráveis do que o padrão vigente, teriam um espaço extra para manter uma diferença de tratamento, mas, à medida que se integrarem mais ao circuito internacional, esse espaço torna-se-á mais estreito.” Idem.

<sup>6</sup> O IVA é semelhante ao nosso ICMS. Também denominado VAT (*Value Added Tax*).

<sup>7</sup> Os impostos seletivos também são conhecidos como *excise tax*.

<sup>8</sup> A adoção de um só imposto sobre o valor agregado em regimes federativos é uma questão que vem merecendo destaque. Alguns admitem que a questão é de difícil solução, o que explicaria o fato de que importantes países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que ainda não adotam o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) como peça central de seus sistemas tributários - como os Estados Unidos e a Austrália - não o fizeram por dificuldades inerentes ao sistema federativo. O caso da Alemanha, no entanto, é ilustrativo de uma bem-sucedida experiência de adoção do IVA em uma federação.

<sup>9</sup> As alíquotas de IVA diferem entre os vários Estados-Membros da União Européia. No entanto, apresentam uma estrutura comum: uma alíquota normal, obrigatória, e uma ou duas alíquotas reduzidas, facultativas. Com efeito, os Estados-Membros iniciaram um processo de harmonização das alíquotas que estabelece dois limiares: um mínimo de 5% para a taxa reduzida e um mínimo de 15% para a taxa normal. Certos produtos ou serviços que se beneficiavam até agora de uma taxa reduzida inferior a 5% poderão mantê-la ainda durante alguns anos.

<sup>10</sup> Mais de 30% (trinta por cento) do PIB.

<sup>11</sup> Com a edição das Leis nºs 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.684/2003 e a Medida Provisória nº 135/2003, significativas alterações foram trazidas para a apuração das contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Financiamento da Seguridade Social (Cofins) que incidem sobre o faturamento das empresas, o que se ousou denominar de “minirreforma tributária”. Entretanto, tais alterações, com o escopo de desonerar a cadeia produtiva estabelecendo a não-cumulatividade como viga-mestra, neutralizou tal efeito ao majorar as alíquotas das contribuições para 1,65% - PIS (antes 0,65%) e 7,60% - Cofins (antes 3%), prejudicando, principalmente, as empresas prestadoras de serviço.

<sup>12</sup> Vide também artigos 60 a 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

<sup>13</sup> BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Coordenação Geral de Estudos Tributários. *Relatório de avaliação quantitativa da carga tributária*. Brasília, 1993.

<sup>14</sup> As federações tem apresentado o seguinte potencial tributário em relação ao PIB:

- na OCDE: Austrália, carga efetiva de 34,53% e capacidade tributária de 49,91%; no Canadá, 38,53% e 51,10%; nos EUA, 29,74% e 56,10%; na Inglaterra, 37,00% e 51,77%, respectivamente;

- na AL: Argentina, a carga efetiva é de 15,3%; e no México, 18,3%. Fonte: Fundo Monetário Internacional (FMI) e estimativas do Ipea – ano 1995.

<sup>15</sup> Este grupo corresponde às contribuições à seguridade social, às contribuições ao salário educação, ao FGTS, ao PIS/Pasep e à Cofins.

<sup>16</sup> Este grupo compreende o IRPJ, a CSsL e as retenções na fonte sobre remessas ao exterior.

<sup>17</sup> Este grupo compreende o IPTU, IPVA, ITR, ITCD e ITBI. O imposto sobre grandes fortunas ainda não foi regulamentado.

<sup>18</sup> BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Coordenação Geral de Estudos Tributários. Op. cit.

<sup>19</sup> No campo da ciência jurídica, define-se sistema jurídico ou sistema de direito como um conjunto de normas com princípios e objetivos comuns. A jurisprudência que também integra esta ciência é a responsável pela dinâmica e afirmação desses princípios e objetivos. E é no campo da ciência jurídica que se situa o sistema tributário, gênero, pois, existente em todos os tipos de Estado, já que o sistema tributário nacional é espécie, por se referir a um determinado Estado. É inconcebível a concepção de sistema tributário nacional em um contexto de desarmonia legislativa, privilégios fiscais sem critérios definidos e competição entre os entes políticos de um determinado Estado. BAILLY, *Dictionnaire Grec-Français*, apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 10.

<sup>20</sup> Não podemos deixar de registrar que houve avanços na previdência social a partir da Emenda Constitucional n.º 20/1998. Entretanto, o sistema continua perverso para as empresas, pois onera demasiadamente seu custo, contribuindo para o aumento da informalidade empresarial/trabalhista.

<sup>21</sup> Designação dada pelos franceses à globalização.

## Resumo

O presente artigo faz uma incursão pelo Poder (ou Direito/Dever) de Tributar do Estado (de Direito, Democrático), trazendo conceitos tributários e sistêmicos juntamente com exemplos de modelos de sistemas tributários de outros países, dados estatísticos e de tendências tributárias num mundo globalizado que servem de fundamento para a proposta de federalização do sistema tributário brasileiro.

Palavras-chave: Poder; Tributar; Federalização; Reforma; Isenção; Sistema de tributação; Progressividade; Alíquotas; Base de tributação.

## **Abstract**

The text focuses on the state's taxation imposition power, discussing fiscal and systemic concepts along with examples of models of foreign fiscal systems, statistic data and fiscal tendencies in a globalized world regarded as essential to the intended purpose of making federal the brazilian fiscal system.

Key words: Impositive taxation power; Federalism; Fiscal reform; Exemption; Fiscal system.

## **Resumen**

El presente artículo hace una incursión por el Poder (o Derecho/Deber) de Tributar el Estado (de Derecho/Democrático), trayendo conceptos tributarios y sistémicos junto con ejemplos de modelos de sistemas tributarios de otros países, datos estadísticos y de tendencias tributarias en un mundo globalizado que son fundamentales para la propuesta de tornar federal el sistema tributario brasileño.

Palabras clave: Poder; Tributar; Federal; Reforma; Exención; Sistema de tributación.



*Sumário: Introdução. Nacionalidade conceito e natureza. Modos de aquisição da nacionalidade. Brasileiros natos e naturalizados. Cargos que só podem ser preenchidos por brasileiros natos. Contradição no artigo 12 da Constituição Federal de 1988. Conclusão.*

## **Introdução**

Sabe-se que a nacionalidade é um direito fundamental do ser humano, tanto que foi claramente reconhecida e positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim o estabeleceu: “*Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade*” (Artigo 15).

Embora esse direito seja reconhecido universalmente em quase todos os países, inclusive no Brasil, a nacionalidade adquirida esbarra no conceito de segurança nacional, gerando tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado, o que é incoerente com os princípios constitucionais e com os direitos e garantias individuais inseridos na Constituição Federal Brasileira, bem como com o próprio sistema de aquisição da nacionalidade definidos na legislação em vigor.

Sabe-se que o tema “segurança nacional” tem sido uma preocupação constante de toda a comunidade internacional. O mundo está amedrontado. O medo assola todas as nações. Já não se trata de coisa isolada ou de questão de países ricos. A série de atentados terroristas contra alvos cuidadosamente escolhidos e com importante significado nacionalista, ou ainda, sem qualquer significação patriótico, tem demonstrado a vulnerabilidade não só dos Estados Unidos, como também de toda comunidade internacional.

Estamos expostos a essa selvageria, pois somos indivíduos, povos e nações vulneráveis à violência generalizada, que atormenta todo o mundo e que cresce assustadoramente como uma avalanche. Parece que estamos impotentes e que não seremos capazes de reverter esse quadro funesto do crescimento do terrorismo da agressão e do medo como engenho das relações internacionais. Certo é que, depois de 11 de setembro de 2001, nada mais será como antes. O nefasto acontecimento alertou o mundo inteiro para um problema antigo: o terrorismo. E os países cada vez

mais estão procurando segurança e, em nome dela, estão se fechando e dificultando a entrada e permanência de estrangeiros em seu território. E mais, o estrangeiro passou a ser visto com maior desconfiança em alguns países mais vulneráveis aos ataques terroristas, principalmente nos Estados Unidos da América – EUA.

Será que retrogaremos na História, voltando ao período em que o estrangeiro era *persona non grata* em solo nacional? Luiz Ivani de Amorim<sup>1</sup> relembra que nem sempre o estrangeiro foi bem tratado no mundo. A longa trajetória por que passou o estrangeiro é digna de pena. Segundo o autor, nos períodos prístinos, dedicava-se antipatia ao estrangeiro em virtude de preceitos religiosos, eis que cada cidade possuía seus deuses, e a vinda ou presença de um seguidor de outras divindades era crime contra os deuses locais. Assim, ao forasteiro tudo era proibido, até mesmo a participação nos negócios públicos.

Na Índia, dominada pelo bramanismo, imperava a idéia da desigualdade entre os homens, que estavam divididos em castas. O estrangeiro estava colocado na escala social, abaixo dos elefantes, dos cavalos e dos sudras. Superiores, apenas, aos leões, tigres e outros animais selvagens. Os antigos gregos, embora não se considerassem escolhidos pelos deuses, estavam persuadidos de sua superioridade sobre os demais povos, razão pela qual também não eram afetos aos estrangeiros. Em Roma, ao estrangeiro era proibido contrair núpcias com romanos, comerciar e apelar de sentenças.

Foi com o feudalismo que a situação do estrangeiro se modificou. O princípio da personalidade foi substituído pelo da territorialidade das leis. Nesse período, o estrangeiro se submete às leis do feudo, exclusivamente, não podendo invocar a sua lei pessoal. Esse regime durou até a Revolução Francesa, quando se perfilhou a igualdade entre estrangeiros e aborígenes no que diz respeito ao gozo de direito civil.

Assim, Luiz Ivani de Amorim<sup>2</sup> conclui que hoje é um princípio universalmente aceito que, se o Estado acolhe em seu território um estrangeiro, deve reconhecer-lhe direitos e tratar-lhes condizentemente. E mais, acrescento que a legislação moderna prevê, inclusive, a benevolência de conceder ao estrangeiro o direito de mudar de nacionalidade.

## **A nacionalidade: conceito e natureza**

A nacionalidade, bem como os direitos do estrangeiro no terceiro milênio e no mundo globalizado, é tema que merece profunda reflexão por parte de toda a sociedade, haja vista que foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como também na legislação brasileira.

A proteção ao estrangeiro no Brasil é tema pacífico, tendo grande respaldo na Constituição Federal brasileira, que, no capítulo I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Artigo 5º, *caput*), expressamente, garante ao adveno o direito de igualdade (Princípio da Igualdade)<sup>3</sup>.

Além desse direito (igualdade), encontraremos numerosos outros no texto constitucional, como a aquisição de nacionalidade, asilo político, proibição de extradição por crime político etc. Talvez o mais importante desses benefícios concedidos ao estrangeiro pela Constituição Federal é o de aquisição da nacionalidade. Todavia, antes de discorrermos sobre o assunto, é importante relembrarmos o conceito de nacionalidade.

Não obstante os diversos conceitos sobre a nacionalidade encontrados na doutrina, destaca-se a definição de José Afonso da Silva citando Marcello Caetano e Pontes de Miranda:

*Sociologicamente é certo que a nacionalidade indica a pertinência da pessoa a uma nação. Nesse sentido, nacionais seriam<sup>4</sup> “todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos”<sup>5</sup>. Não é, porém, esse o sentido dos termos nacional e nacionalidade no sistema jurídico. Aqui, “nacionalidade é o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”<sup>6</sup>, consoante conceito de Pontes de Miranda.*

Não é outra a posição de Aluísio de Carvalho, citado por Alexandre de Moraes:

*Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.*

Aluísio Dardeau de Carvalho aponta a falta de juridicidade do termo nacionalidade, que, partindo da idéia de nação, englobaria somente os indivíduos que pertencessem à determinado grupo ligado pela raça, religião, hábitos e costumes. Porém, igualmente, aponta que essa terminologia encontra-se generalizada em diversos ordenamentos jurídicos<sup>7</sup>.

Segundo De Plácido e Silva, nacionalidade exprime a qualidade ou condição de nacional atribuída a uma pessoa em razão do vínculo que a liga ao Estado:

*Nacionalidade exprime a qualidade ou condição de nacional, atribuída a uma pessoa ou coisa, em virtude do que se mostram vinculadas à Nação, ou ao Estado, a que pertencem ou de onde se originaram. (...). A nacionalidade, em regra, é decorrente do fato do nascimento, quanto às pessoas, ou da origem ou feitura, quanto às coisas. E coisas e pessoas têm a nacionalidade do Estado, sob cuja jurisdição territorial se tenham formado (coisas), ou nascido (pessoas)*<sup>8</sup>.

É salutar destacar que a doutrina não é pacífica quanto à conceituação ou no que concerne ao fundamento da nacionalidade. Para Luis Ivani de Amorim<sup>9</sup>, a doutrina clássica inglesa alberga o espírito tradicionalista da *allegiance* (o indivíduo considera-se ligado ao Estado por um voto de fidelidade ao seu soberano). Já para a doutrina francesa, a nacionalidade seria uma espécie de contrato sinalagmático em que os contratantes (indivíduo e Estado) assumem obrigações, ou seja, se o Estado elabora as leis, distribui a justiça, organiza os serviços públicos de forma a oferecer o bem-estar social e segurança aos seus cidadãos, e o indivíduo, cidadão deve submeter-se às leis desse Estado e defender as instituições estatais, como forma de contribuição, ou seja, de obrigação, pressupondo a manifestação de vontades nesse contrato bilateral.

Ainda, segundo Luis Ivani de Amorim, outra corrente, a *publicista*, defende que a nacionalidade é um elo entre o indivíduo e o Estado, mas essa relação não seria contratual, porém uma instituição que afeta a ordem pública e tem seu fulcro na própria organização estatal. Entendemos ser essa a corrente mais coerente, tendo em vista que a organização estatal pode ser ordenada nas leis que regem o Estado, principalmente no direito constitucional<sup>10</sup>.

A natureza jurídica do direito de nacionalidade é atribuição de cada Estado soberano, tendo em vista que cada país pode, livremente, estabelecer quais são os seus nacionais e as regras para a aquisição da naturalização. Os fundamentos sobre a forma de aquisição da nacionalidade é matéria constitucional, sendo inquestionável a total impossibilidade de ingerência normativa de direito estrangeiro, principalmente nos países democráticos.

Segundo José Afonso<sup>11</sup>, mesmos naqueles países em que a nacionalidade é fundamentada em textos de lei ordinária, é tradição pátria inscrever nas constituições regras sobre a nacionalidade. No sistema brasileiro, o direito de

nacionalidade é matéria formalmente constitucional. Em outros países, como a França, Japão e Itália, a matéria é disciplinada em leis ordinárias, o que não exclui sua natureza constitucional, embora não o seja formalmente. Em todos os casos, o direito de nacionalidade é parte integrante do direito público, mesmo que apareça disciplinado entre outras normas, como, por exemplo, no Código Civil.

### **Modos de aquisição da nacionalidade**

Alguns doutrinadores distinguem duas espécies de nacionalidade: a) primária ou originária; b) secundária ou adquirida.

A nacionalidade primária ou originária é aquela que resulta do nascimento do indivíduo. Geralmente é estabelecida em razão de três critérios:

- 1) origem sangüínea (*ius sanguinis*) – em função do vínculo de sangue, ou seja, será nacional do Estado os descendentes deste;
- 2) origem territorial (*ius solis*) – em função do vínculo do solo, ou seja, a nacionalidade é atribuída a quem nasce no território do Estado;
- 3) sistema misto (*ius sanguinis e ius solis*) - em alguns países encontra-se o sistema misto, que atribui a nacionalidade em razão do sangue e do território, e nada mais é do que uma combinação dos dois critérios retromencionados.

A nacionalidade secundária ou adquirida é aquela que se alcança por vontade própria, dependendo da vontade do indivíduo (opção), em regra por meio da naturalização.

O naturalizado é aquele que alcança a nacionalidade de forma secundária, ou seja, não pela ocorrência de fato natural, mas por ato voluntário. A naturalização, em tese, será sempre concedida, não é imposta ao indivíduo. No Brasil, é ato discricionário do chefe do poder executivo (Presidente da República) e a forma de aquisição está inserida na Constituição Federal no artigo 12.

Embora seja direito fundamental do homem, a questão da nacionalidade é polêmica e, como veremos a seguir, é tema que envolve a segurança nacional, inclusive no Brasil. A Constituição Brasileira (artigo 12, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”) determina os critérios para a conquista da nacionalidade originária ou primária, fazendo algumas distinções entre os brasileiros natos e naturalizados, principalmente no que diz respeito a preenchimento de cargos e funções públicas.

## Brasileiros natos e naturalizados

### a) brasileiros natos

A Constituição Federal considera brasileiro nato todo indivíduo que adquira a nacionalidade brasileira pelo critério do *ius solis*. Essa é a regra adotada, todavia também admite o critério do *ius sanguinis*, formando um sistema misto.

Assim, segundo a Constituição Federal, serão considerados brasileiros natos todos aqueles que preencherem um dos requisitos do artigo 12, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”. Realmente, foi esse dispositivo que estabeleceu os pressupostos para se definir a nacionalidade originária, obtemperando-o com outros elementos.

**Art. 12** – São brasileiros:

#### **I – natos:**

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Observando o citado artigo, podemos facilmente identificar os critérios de nacionalidade originária adotados no Brasil. Vejamos:

- 1) Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviços de seu país (alínea “a”), refere-se ao critério do *ius solis*. O legislador não inovou, adotando o já tradicional critério (em razão do solo) em nosso ordenamento constitucional.

Não há aqui qualquer dificuldade de compreensão, devendo ser observados dois pontos importantes: a) que ambos os pais sejam estrangeiros; b) que um deles, no mínimo, não esteja no território brasileiro, a serviço de seu país de origem. Trata-se de regra puramente em razão do solo. Em resumo, essa regra se aplicará a todo indivíduo nascido em solo brasileiro, estendendo ao conceito de solo brasileiro o mar territorial e o espaço aéreo que o cobre. Todavia, essa interpretação (sobre o mar territorial e espaço aéreo) não é unânime, havendo divergências doutrinária sobre a nacionalidade nessas condições. Porém, não é o cerne de nossa questão.

- 2) Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil (alínea “b”), refere-se ao critério do *ius sanguinis*. O legislador somou o

critério funcional, ou seja, deve ser observada a exigência de que o pai ou a mãe (sejam natos ou naturalizados) e esteja a serviço do Brasil (não considerando serviços particulares, mas para o governo brasileiro, quer pela administração direta ou indireta). Trata-se de missão onerosa ou não para o governo brasileiro.

- 3) Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (alínea “c”), referindo-se ao critério do *ius sanguinis*. Também conhecida como nacionalidade potestativa.

Comentando sobre a nacionalidade potestativa, Alexandre de Moraes assim leciona:

*A opção prevista na Constituição Federal consiste na declaração unilateral de vontade de conservar a nacionalidade brasileira primária. (...) A aquisição, apesar de provisória, dá-se com a fixação da residência, sendo a opção uma condição confirmativa e não formativa da nacionalidade.*

*Dessa forma, no momento em que o filho de pai brasileiro e/ou mãe brasileira, que não estivessem a serviço do Brasil, nascido no estrangeiro, fixasse residência no Brasil, adquiria a nacionalidade provisória, que seria confirmada com a opção feita perante a Justiça Federal.*

*O momento da fixação da residência no País constitui o fato gerador da nacionalidade, que fica sujeita a uma condição confirmativa, a opção. Ocorre que, pela inexistência de prazo para essa opção, apesar da aquisição temporária da nacionalidade com a fixação de residência, seus efeitos ficarão suspensos até que haja a referida condição confirmativa. (...) – opção que terá efeitos retroativos (...)*<sup>12</sup>.

Ainda, discorrendo sobre o tema, Alexandre de Moraes<sup>13</sup> afirma que, de acordo com as alterações inseridas no artigo 12 da Constituição da República pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 07/06/94, a opção pode ser feita a qualquer tempo. Tal como nos regimes anteriores, até a maioridade, são brasileiros esses indivíduos. Todavia, como não foi estabelecido prazo para o exercício da opção, que poderá ser efetuada a qualquer tempo, alcançada a maioridade, esses indivíduos passam a ser brasileiros, sob condição suspensiva, isto é, até que optem pela nacionalidade brasileira, sua condição de brasileiro nato fica suspensa.

É interessante destacar que nesse período de tempo, ou seja, até que formalizem sua opção, o Brasil reconhece esses indivíduos como cidadãos brasileiros, mas a manifestação volitiva do Estado torna-se inoperante até a realização do acontecimento previsto, qual seja, a opção. Assim, seria lícito considerá-los nacionais no espaço de tempo entre a maioridade e a opção, mas não podem invocar tal atributo porque é pendente da verificação da condição.

O constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos<sup>14</sup>, tecendo comentários sobre o assunto explanado, afirma que, atualmente, a nacionalidade brasileira por opção, no dispositivo constitucional reformado, deixou de exigir prazo para a fixação da residência no Brasil, sujeitando-se somente a quatro hipóteses:

- 1) nascimento no estrangeiro;
- 2) ser nascido de pais brasileiros, natos ou naturalizados;
- 3) fixação de residência a qualquer tempo;
- 4) opção, também a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Dessa forma, consagrou-se no sistema brasileiro um sistema híbrido de aquisição de nacionalidade originária, em que se combinam os critérios *ius sanguinis* e *ius solis* com a livre manifestação de vontade do sujeito, misturando técnicas de aquisição de nacionalidade primária (para brasileiro nato) e secundária (relativa a brasileiro naturalizado). De tudo isso, exsurge a cognominada nacionalidade potestativa.

Nesse sentido tem decidido o Tribunal Regional Federal.

*TRF - EMENTA: Constitucional. Opção de nacionalidade. Filha de brasileira, nascida no estrangeiro, não registrada em repartição brasileira, no exterior. Artigo 12, I, “c” da CF/88.*

*I – Tendo a requerente comprovado que nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira e não registrada na repartição brasileira competente, no exterior, passando a residir no Brasil desde tenra idade, tem direito à opção pela nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 12, I, “c”, da CF/88, na redação vigente à época do pedido, anterior à EC 03/94<sup>15</sup>.*

*TRF - EMENTA – Feito não contencioso. Opção pela nacionalidade brasileira. CF, artigo 12, I, “c”.*

*I – O requerente, nascido nos Estados Unidos da América, filho de pais brasileiros, veio a residir no Brasil antes da maioridade, pelo*

*que lhe assiste o direito de optar pela nacionalidade brasileira, uma vez que preenche os requisitos previstos no artigo 12, I, “c”, da Constituição Federal.*

*II – Apelação e remessa oficial improvidas<sup>16</sup>.*

## **b) brasileiros naturalizados**

O artigo 12, inciso II, da Constituição Federal dispõe sobre os brasileiros naturalizados.

**Art. 12** – São Brasileiros:

I – (...)

**II – naturalizados:**

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.
- c) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Sabe-se que a obtenção de nacionalidade é ato voluntário do sujeito que deseja mudar a sua nacionalidade originária. A concessão da nacionalidade no Brasil se configura ato de soberania nacional e se trata de ato discricionário do chefe do poder executivo.

Celso de Mello assim comenta o assunto:

*A concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo. A satisfação das condições, exigências e requisitos legais, não assegura ao estrangeiro direito à naturalização. A outorga da nacionalidade brasileira secundária a um estrangeiro constitui manifestação de soberania nacional, sendo faculdade discricionária do Poder Executivo.<sup>17</sup>*

Observam-se, na Constituição Federal, dois critérios para que seja concedida a naturalização, ou seja, os que requeiram a nacionalidade e sejam oriundos de países que falam a língua portuguesa e os que vieram de países que não falam a

língua portuguesa, havendo um tratamento diferenciado, especialmente no que se refere ao tempo de residência no País.

Para os requerentes que sejam oriundos de países de língua portuguesa (Angola, Açores, Cabo Verde, Goa, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, Príncipe e Timor Leste), a Constituição prevê somente dois requisitos: 1) residência por um ano ininterrupto; 2) idoneidade moral. No segundo caso, ou seja, dos requerentes que sejam oriundos de países que não falam a língua portuguesa, conhecido como naturalização extraordinária ou quinquenária, exigem-se três requisitos, não podendo a lei infraconstitucional ampliá-los: a) residência fixa no país há mais de 15 anos; b) ausência de condenação penal; c) requerimento do interessado.

Além dessa forma de obtenção da nacionalidade constitucional, pode-se adquirir a nacionalidade brasileira segundo os critérios do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), que, em seu artigo 112, estabelece as condições para a concessão da naturalização, estabelecendo tempo menor de residência no País (quatro anos), mas exigindo ainda que sejam atendidas as seguintes condições: a) capacidade civil segundo a lei brasileira; b) ser registrado como permanente no Brasil (visto permanente); c) residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; d) ler e escrever em português; e) boa conduta e boa saúde; f) exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família; g) bom procedimento; h) inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada superior a um ano.

Verifica-se que tanto a Constituição Federal, quanto o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) definiram critérios rígidos para o alcance da nacionalidade adquirida. E, é importante ressaltar que, embora o requerente tenha preenchido todos os requisitos exigidos na legislação, não terá direito líquido e certo a essa nacionalidade, eis que o atendimento a tais condições não afasta a natureza discricionária do Poder Executivo em conceder ou não a nacionalidade nesses casos, tendo em vista que se trata de ato de soberania nacional.

### **Cargos que só podem ser preenchidos por brasileiros natos**

O tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalizado está claro e direcionado na Constituição Federal quando se refere a cargos, função, extradição e propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Sabe-se que esse tratamento diferenciado está intimamente ligado à idéia de segurança nacional. Preocupado com esse assunto, o legislador procurou preservar o acesso a determinados cargos públicos ou de caráter político tão-somente aos brasileiros natos, para tanto, inserindo, no parágrafo 3º do artigo 12 da Constituição Federal, o seguinte:

§ 3º - São privativos de **brasileiro nato** os cargos:

I – de Presidente e Vice-Presidente da República;

II – de Presidente da Câmara dos Deputados;

III – de Presidente do Senado Federal;

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V – da carreira diplomática;

VI – de oficial das Forças Armadas;

VII – de Ministro de Estado da Defesa. (grifo nosso).

Sabe-se que os incisos do parágrafo 3º não podem ser ampliados por meio de lei ordinária. O referido parágrafo expressa claramente a diferença entre brasileiros natos e naturalizados. Todavia, essa distinção não foi inovação da nova Constituição Federal de 1988, tendo em vista que essa proibição já vinha inserta na Constituição de 1967, no seu artigo 145, parágrafo único, onde elencava um rol muito maior de cargos que eram privativos de brasileiros natos.

Pontes de Miranda afirma que a razão legal dessa proibição ou restrição constitucional “**está em que seria muito perigoso que interesses estrangeiros ao Brasil fizessem alguém naturalizar-se brasileiro, para que, em verdade, os representasse**”<sup>18</sup>. (grifo nosso.).

Para Ilmar Penna Marinho, as exceções constitucionais têm natureza histórica:

*(...) devido, entretanto, aos abusos cometidos por indivíduos naturalizados, com a espantosa facilidade das antigas leis sobre a nacionalidade e devido, sobretudo, à atividade nociva e subversiva desses elementos, os Estados, em suas legislações modernas, não só dificultaram a outorga da naturalização, exigindo uma série de requisitos e um estágio de residência mais longo, porém, tornaram, ainda, exclusivo dos nacionais natos o gozo de certas prerrogativas, outrora concedidas indistintamente*<sup>19</sup>.

Sabe-se que o legislador constituinte brasileiro fixou dois critérios para a definição dos cargos privativos aos brasileiros natos: os cargos por linha sucessória e em razão da segurança nacional.

Quanto à linha sucessória, a Constituição Federal expressamente delineou nos artigos 79 e 80, onde fixou os critérios para a substituição do presidente da República e para o caso de impedimento (artigo 79). Na hipótese de impedimento do presidente e do vice-presidente, ou vacância dos respectivos cargos (artigo 80).

Já o critério da segurança nacional fundamenta-se no fato de serem cargos estratégicos que devem ser ocupados por indivíduos que realmente tenham compromisso com a nação, tendo em vista que, em virtude de suas posições estratégicas nos negócios do Estado, mereceram mais atenção e cuidado por parte do legislador.

Tudo indica que o legislador não considerou seguro atribuir o mandato de presidente da República ou vice-presidente, ou ainda os dos demais cargos previstos no parágrafo 3º a um brasileiro naturalizado (nacionalidade adquirida), por questão de segurança nacional, pois considerou que poderíamos correr o risco de entregarmos o País nas mãos de pessoas que poderiam não ter boas intenções. Contudo, tal posicionamento é incoerente com o sistema de aquisição de nacionalidade originária, inserida no artigo 12 da Constituição Federal.

### **Contradição no artigo 12 da Constituição Federal**

Em que pese a preocupação do legislador constituinte com a segurança nacional, fazendo clara objeção ao brasileiro naturalizado de ocupar cargos de “segurança nacional”, elencados no § 3º da Constituição Federal, essa preocupação é contraditória e incoerente com as formas de aquisição originária prevista no nas alíneas “a” “b” e “c” do art 12, inciso I, da Constituição Federal.

Analizando a alínea “a” do citado artigo, pode-se verificar que o legislador considera brasileiro nato “os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”. Adotou puramente o critério (*ius solis*).

Imaginemos uma situação hipotética que facilmente poderia ocorrer em nosso território e que estaria legalmente amparada por determinação constitucional:

Se um casal de estrangeiros oriundos de um país qualquer, de língua, cultura, religião e interesses políticos totalmente diversos do nosso país, com o qual o Brasil sequer mantivesse relações internacionais, encontra-se participando de um congresso, festival, festa, carnaval, ou simplesmente fazendo turismo no Brasil, e, estando a esposa estrangeira grávida, essa viesse a ter o filho, prematuramente, em

solo brasileiro. Segundo o disposto na alínea “a”, inciso I do citado artigo 12, tal infante, nascido em solo brasileiro, deverá ser considerado brasileiro nato em razão do critério *ius solis*.

Devidamente registrado na condição de brasileiro nato (nacionalidade originária, pela alínea “a” da CF/88), esse casal volta ao seu país de origem, levando consigo o infante, pois não há impedimento legal para sua saída do território brasileiro. Essa criança é educada pela cultura do país de seus genitores. Em sua vida inteira jamais retornou ao Brasil, só vindo a fazê-lo após a maioridade (agora já contando 35 anos de idade), em razão de uma proposta de serviço/emprego que recebeu de uma empresa multinacional aqui instalada.

No Brasil esse cidadão é considerado um brasileiro nato, usufruindo os direitos e garantias de que usufruem os brasileiros, bem como poderá exercer qualquer cargo ou emprego público ou político, até mesmo os listados no parágrafo 3º do artigo 12 (presidente e vice-presidente da República; presidente da Câmara dos Deputados; presidente do Senado Federal; ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas; de ministro de Estado da Defesa).

Não menos preocupante é o dispositivo constante na alínea “c” do citado artigo, que determina: “*os nascidos no estrangeiro, de pai ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira*”. Aqui o legislador adotou o critério *ius sanguinis* + critério residencial + opção confirmativa.

Outra situação igualmente intrigante em termos de segurança nacional. Nesse caso, o indivíduo nem precisa ter nascido no solo brasileiro, bastando ter sangue de brasileiro (de pai ou mãe), para que possa vir a ser considerado brasileiro nato.

Em uma outra situação hipotética em que um cidadão brasileiro (nato ou naturalizado), residente no Brasil e que resolva fazer um curso, ou trabalho, ou mesmo fazer turismo em um país qualquer, de língua, cultura, religião e interesses políticos totalmente diversos do nosso, com o qual o Brasil sequer mantivesse relações internacionais.

Em razão da considerável estada nesse país, o cidadão brasileiro<sup>20</sup> mantém um relacionamento amoroso (sexual) com uma cidadã estrangeira daquele país e com ela concebe um filho. O pai brasileiro volta ao Brasil e deixa seu filho (recém-nascido) com a mãe estrangeira, no país onde nasceu seu filho, onde a criança é criada e educada.

Passados alguns anos, procurando seu pai brasileiro, esse filho (agora já adulto – 35 anos) encontra-o no Brasil e aqui resolve morar e fixar residência defi-

nitiva com o genitor. Aproveitando-se da faculdade que lhe é assegurada pela alínea “c” do artigo em discussão, opta pela nacionalidade brasileira (que também poderá ser feita a qualquer tempo).

Teria-se, no caso, um cidadão brasileiro nato de nacionalidade originária, que poderá usufruir todos os direitos e garantias dados aos cidadãos brasileiros e poderá exercer qualquer cargo ou emprego público e político, inclusive os listados no parágrafo 3º do artigo 12.

Poderíamos afirmar que esse cidadão (considerado brasileiro nato) estaria realmente comprometido com os interesses de nosso país? Qual seria sua ideologia política? Poderia ser um terrorista? Poderia se tratar de um religioso radicalista? Como poderíamos impedi-lo de exercer cargo ou emprego público e político? Qual seria a diferença significativa em relação ao brasileiro naturalizado? Por que o tratamento diferenciado?

Analisando os critérios para o alcance da nacionalidade adquirida (naturalizados), inseridos na Constituição Federal, e ainda os exigidos pelo Estatuto do Estrangeiro (atestado de boa saúde, comprovante de residência, demonstração de possuir condições financeiras para o sustento próprio e de sua família, saber ler e escrever na língua portuguesa, além de outros), nota-se que existe um tratamento diferenciado e um tanto injusto, visto que não há qualquer diferença entre o indivíduo que adquiriu a nacionalidade originária pelos meios acima demonstrados (alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 12, inciso I da CF/88) e o cidadão estrangeiro, advindo de país que não fala a língua estrangeira e opta pela nacionalidade brasileira (naturalizado).

Ao contrário, o brasileiro naturalizado é penalizado com numerosas exigências e, mesmo considerando que a Constituição Federal no artigo 12, inciso II, alínea “b”, segundo a melhor doutrina, prevê a forma simplificada de naturalização, pois exige a comprovação de residência no país pelo prazo de 15 anos e, comprovada idoneidade moral, sem o preenchimento dos outros requisitos exigidos pelo Estatuto do Estrangeiro no artigo 112, ainda assim é por demais penalizado o estrangeiro, em razão do enorme tempo (15 anos) exigidos de permanência no solo brasileiro. E mais, além disso, impede expressamente o brasileiro naturalizado de exercer certos direitos que facilmente poderiam ser usufruídos por um brasileiro nato que adquiriu sua nacionalidade pela forma prevista nas alíneas acima citadas.

É importante lembrar que o Brasil está crescendo, desenvolvendo-se e abrindo portas e fronteiras, entrando para um mundo cada vez mais globalizado, integrando-se aos organismos internacionais, bem como a nações com que não mantém relacionamento, tornando-se um Estado forte, conhecido e com expressivo

crescimento econômico que a cada dia desperta o interesse de países e cidadãos estrangeiros. Aliás, essa é a meta da política brasileira atual, ampliar, melhorar e participar do comércio internacional.

Existem cidadãos brasileiros espalhados em todo o mundo, e recebemos anualmente milhares de estrangeiros de várias nacionalidades e localidades, que visitam nosso país por interesses diversos, não sendo incomum o relacionamento de brasileiros com estrangeiros com constituição de prole.

Manter os critérios da nacionalidade adquirida, com as exigências demonstradas na Constituição Federal e no Estatuto dos Estrangeiros, e ao mesmo tempo conceber a nacionalidade brasileira na condição de brasileiro nato, sob os critérios das alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 12 da Constituição Federal, parece-nos ferir o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* da CF/88), estabelecido na própria Constituição, uma vez que não há importante diferenciação. Ao contrário, o brasileiro naturalizado é mais exigido, investigado e penalizado, bem como não possui direito líquido e certo a nacionalidade, podendo ainda perdê-la, segundo os critérios expostos na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LI), pelo simples fato de não possuir o sangue brasileiro (pai ou mãe) ou por não ter nascido no solo brasileiro.

## **Conclusão**

É certo que a cada dia cresce a insegurança interna e externa em todo o mundo, e a presença de estrangeiros, infelizmente, é situação delicada que cada país deve procurar resolver com os devidos cuidados, sem que se volte a discriminar tais indivíduos, assim como ocorreu em épocas remotas.

A questão da segurança nacional é mais profunda e não pode estar ligada ao conceito de nacionalidade, bem como não poderá ser usada para se fazer distinção ou discriminação entre indivíduos (seres humanos, independentemente da nacionalidade), ou para restringir direitos que já foram reconhecidos inclusive internacionalmente (direito de igualdade).

Sabe-se que o Brasil não está isento ou livre de se tornar alvo de perseguição de qualquer grupo fanático. Seu crescimento e sua participação cada vez mais ativa na política mundial, firmando acordos e tratados internacionais, coloca-o como um país de destaque no mundo globalizado. Entendemos que o Brasil não deve deixar de conceder a nacionalidade brasileira nos moldes das alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 12 da Constituição Federal, só precisa acolher melhor o estrangeiro que em muito poderá contribuir para o crescimento nacional, bem

como lhe conceder os mesmos direitos inerentes aos brasileiros que adquirem a nacionalidade segundo os critérios das alíneas em comento e que são considerados natos.

Recomendável também seria proceder à alteração do parágrafo 3º do citado artigo para que fossem estendidos tais cargos aos brasileiros naturalizados, porque o tratamento diferenciado ao naturalizado na legislação brasileira significa simplesmente preconceito racial sem qualquer fundamento, que não poderá ser revestido de caráter de segurança nacional, tendo em vista que essa “segurança” não está visualizada no próprio artigo 12, inciso I.

Ademais, é comum encontrarmos brasileiros naturalizados, residentes por longo tempo no solo brasileiro e que estão muito mais compromissados com o nosso país que certos brasileiros de nacionalidade originária. Proibir o preenchimento dos cargos do parágrafo 3º aos brasileiros naturalizados é uma total incoerência, haja vista que, por vezes, já vimos tais cargos preenchidos por brasileiros natos que se dizem patriotas e compromissados com a nação e, não obstante, imperar a corrupção, os escândalos políticos que comumente presenciamos em nosso país.

O medo da violência e do terrorismo também não poderá ser escudo para a intolerância e o preconceito racial de qualquer natureza, principalmente contra o estrangeiro. Estamos caminhando para um mundo globalizado em que se busca a paz, o bem-estar social do ser humano, e não de um país ou de uma só nação. A nacionalidade é conceito muito mais amplo. É um vínculo patriótico (de amor) que liga o indivíduo ao Estado. O fato do nascimento no solo ou de sangue (hereditariedade) não poderá ser fato demarcador da nacionalidade, nem impeditivo para que o indivíduo possa usufruir direitos, cargos, funções, propriedades, no país que escolheu como sua pátria, principalmente porque a nacionalidade uma é opção individual.

## Notas

<sup>1</sup> ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.68.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p.68.

<sup>3</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).”

- <sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.307.
- <sup>5</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Coimbra, 1970, p. 352, (reproduzida no Brasil: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977), p.159.
- <sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.352.
- <sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.213.
- <sup>8</sup> SILVA, de Plácido. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 4.v. p.224.
- <sup>9</sup> ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.68.
- <sup>10</sup> *Ibid.*, p.70.
- <sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.307.
- <sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p.218.
- <sup>13</sup> *Ibid.*, p.214.
- <sup>14</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.412.
- <sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). RED 93.01.1569-7/MG. Relatora: Juíza Assusete Magalhães – 2ª Turma. 20 de junho de 1999. *Diário da Justiça*, 11 set. 1995. p.59.125.
- <sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Ag. 940542698/PE. Relator: Juiz Araken Mariz – 2ª Turma. 28 de junho de 1994. *Diário da Justiça*, 28 jun. 1994. p.53.814.
- <sup>17</sup> MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p.404.
- <sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.509.
- <sup>19</sup> MARINHO, Ilmar Penna. *Tratamento sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956. v. 1, p.70.
- <sup>20</sup> É importante ressaltar que não se exige que este cidadão brasileiro tenha a nacionalidade originária, podendo, inclusive, tratar-se de brasileiro naturalizado. Seu filho será considerado brasileiro nato.

## Referências

ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Coimbra, 1970, p. 352, (reproduzida no Brasil: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977).
- MARINHO, Ilmar Penna. *Tratamento sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 213.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, 6 v.
- SILVA, de Plácido. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 4.v.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). RED 93.01.1569-7/MG. Relatora: Juíza Assusete Magalhães – 2ª Turma. 20 de junho de 1999. *Diário da Justiça*, 11 set. 1995. p. 59.125.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Ag. 940542698/PE. Relator: Juiz Araken Mariz – 2ª Turma. 28 de junho de 1994. *Diário da Justiça*, 28 jun. 1994. p. 53.814.

### Resumo

A nacionalidade no Brasil está ligada ao conceito de segurança nacional, tendo em vista que a Constituição faz expressa restrição ao preenchimento de alguns cargos públicos (artigo 12, parágrafo 3º) a cidadãos brasileiros naturalizados, tendo como fundamento a preservação da segurança nacional. Não obstante, o texto constitucional é incoerente ao conceder a nacionalidade, na condição de brasileiro nato (artigo 12, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da CF/88), aos cidadãos que a requeiram alegando o *ius solis ou do ius sanguinis*, ou ainda a mistura dos dois sistemas. Esse tratamento diferenciado fere o princípio da igualdade e da isonomia, tão amplamente defendido no texto constitucional, levando até mesmo ao preconceito racial.

Palavras-chave: Nacionalidade; Segurança nacional; *Ius solis*; *Ius sanguinis*; Brasileiro nato; Brasileiro naturalizado; Restrição de direitos; Critérios.

## Abstract

Nationality in Brazil, is related to the concept of national security, as the Constitution strictly forbids the fulfillment of public positions by naturalized Brazilian citizens on the grounds of preserving national security. However, the constitutional text is incoherent as it grants nationality full citizenship to those alleging *ius solis* or *ius sanguinis*, or even both systems at once. Such differentiated treatment contradicts the principle of equality and isonomy strongly supported in the constitutional text, what might lead even to racial prejudice.

Key words: Nationality; National security; *ius solis*; *ius sanguinis*; Rights restraint; Criteria.

## Resumen

La nacionalidad, en Brasil, está ligada al concepto de seguridad nacional, teniendo en cuenta que la Constitución presenta estricta restricción respecto de la ocupación de determinados cargos públicos (artículo 12, párrafo 3º.) por ciudadanos brasileños naturalizados, teniendo como fundamento la preservación de la seguridad nacional. No obstante, el texto constitucional es incoherente al conceder la nacionalidad, en condición de brasileño nato (artículo 12, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” de CF/88), a ciudadanos que la requieran alegando *ius solis* o *ius sanguinis*, o, aún, la mezcla de los dos sistemas. Este tratamiento diferenciado hiere al principio de igualdad y de isonomía, tan ampliamente defendido en el texto constitucional, pudiendo llevar hasta al perjuicio racial.

Palabras-clave: Nacionalidad; Seguridad nacional; *ius solis*; *ius sanguinis*; Brasileño nato; Brasileño naturalizado; Restricción de derechos; Criterios.



**Carlos Aureliano Motta de Souza**

*Advogado. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UPIS e Chefe do Departamento de Direito da UPIS. Mestre em Direito Público.*

## ***Liberdade e igualdade em Norberto Bobbio***

*“Sociedade ideal é aquela ao mesmo tempo livre e justa, com a realização global e simultânea dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. As sociedades reais, que existem à nossa volta, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres”<sup>1</sup>.*

A morte de Norberto Bobbio representa mais do que o desaparecimento de um dos maiores jusfilósofos contemporâneos: significa a perda de um dos raros pensadores capazes de perceber virtudes nos oponentes, buscar a essência dos valores das idéias em oposição e, por intermédio de uma dialética de conciliação, apontar soluções de compromisso.

A trajetória de sua vida foi marcada intensamente pelas lutas em favor de duas idéias-força que elegeu para balizar suas ações como jurista, como filósofo e como político: *a liberdade e a igualdade*. Elas passam a ser os temas recorrentes, em todas as fases nas quais o seu pensamento foi mais necessário: a permanente *luta contra o fascismo*, a *consolidação da democracia italiana* e, mais recentemente, a *contribuição ética* para livrar a Itália das garras de uma corrupção enraizada nas instituições mais gradas do Estado italiano.

Nessas lutas, para propagação de suas idéias, Norberto Bobbio alternou o uso das suas trincheiras preferidas: o púlpito do magistério, a tribuna da imprensa diária e o doutrinamento pela publicação de uma obra extensa em conteúdo e densa de matizes. Com menor frequência, utilizou-se da tribuna do Senado, como membro vitalício, para expor seus pontos de vista sobre a democracia social dos seus sonhos.

Nascido em Turim, capital do Piemonte, em 18 de outubro de 1909, morreu em 09 de janeiro de 2004, tendo passado quase toda sua vida na sua cidade natal, com exceção de eventuais afastamentos motivados por obrigações docentes. Casou-se com Valéria Cova, com quem teve três filhos varões. Perdeu sua esposa em 2001, fato que passou a influir na sua saúde.

Ao longo de sua profícua existência, esteve sempre a manejar a virtude do pensar com lúcido vigor, emulando os extremos, na busca do ponto de equilíbrio ideal. Ao morrer, legou-nos uma obra densa de ensinamentos, quase todos eles

voltados para a *filosofia do Direito* e para os *temas políticos* que projetaram a sua posição de pensador dialético, que buscava nos contrários os pontos de interseção que apontavam para a resultante do equilíbrio<sup>2</sup>.

Admirava no liberalismo a preocupação com os direitos do homem e do cidadão, mas condenava a apologia à liberdade de mercado, na medida em que este sacrificava alguns valores do indivíduo.

Admirava a democracia pela sua vocação natural de trabalhar nos eixos principais que conduzem à redução das desigualdades, mas a condenava na medida em que favorecia manobras políticas capazes de dificultar a persecução desse objetivo. Sufrágio universal, direitos humanos assecuratórios da liberdade de manifestação do pensamento, decisão por maioria, respeito aos direitos das minorias eram considerados por Bobbio como instrumentos de que deveria valer-se a democracia para organizar a tão sonhada sociedade livre, justa e solidária.

A pregação desses ideais vai marcar de forma indelével a vida de Norberto Bobbio, e seu trabalho esteve sempre condicionado às vicissitudes pelas quais passou a democracia italiana no século passado.

Jurista plural, nunca se deixou fascinar por uma teoria que excluísse qualquer outra. E essa característica vai marcar a sua obra e servir de referência para tantos quanto se dedicaram ao direito.

A marcante presença da filosofia nas suas reflexões jurídicas denota a sólida e profunda formação filosófica, moldura do seu pensamento político. Dedicando-se aos grandes clássicos, estudou Hobbes por novo viés, mostrando-o como um pensador político preocupado com a formação do Estado; estudou Kant, Locke, Marx e Hegel, buscando nas idéias desses filósofos os elementos essenciais à formação de uma ideologia que não mitigasse os valores das ideologias oponentes.

É a partir da amálgama da ampla visão filosófica com excelente formação jurídica que Bobbio, segundo Célio Borja, vai conseguir *conciliar a aspiração de liberdade com o dever ético de acudir as necessidades das grandes massas desassistidas*<sup>3</sup>.

Tendo vivenciado os principais embates ideológicos do século passado – **liberalismo, socialismo, fascismo e comunismo** –, Bobbio presenciou a luta travada, entre liberais e socialistas, pela tomada de poder na Itália, observou as cisões do socialismo e o *compromisso histórico* dos comunistas com a democracia cristã, fatos que vão forjar a sua compreensão de como conciliar *liberdade com igualdade*, esta representando o dever ético que respondia ao compromisso social que ao Estado cumpria assumir.

Com uma experiência de vida toda calcada nos momentos mais críticos por que passou a sua querida Itália, vai adaptando seu discurso à conveniência do momento e mudando suas trincheiras em função do inimigo a combater.

Lutou contra o fascismo, até o seu esfacelamento em 1945; esteve no centro das discussões ideológicas que marcaram a guerra fria e conduziram a Itália a um impasse; participou ativamente dos embates políticos durante o período de transformação da sociedade italiana, entre os anos 60 e 70; fez-se arauto da ética na política no período em que a Itália esteve mergulhada em uma crise moral inigualável em sua história.

Conquanto não fosse um membro ativo da resistência ao fascismo, exerceu uma oposição passiva importante, no campo intelectual, tendo sido preso algumas vezes. Para conservar o seu trabalho, Bobbio enviou uma carta ao Duce *professando sua fé no fascismo*, ato do qual viria a se arrepender posteriormente. Todavia, essa atitude foi justificada por seus amigos: *Bobbio teria sido obrigado a assinar a carta para não ter um destino pior que o cárcere*<sup>4</sup>. Ele próprio admitiria ter sido uma das experiências mais humilhantes de sua vida. Sem embargo das razões que o levaram a tomar essa atitude – numa época em que era comum a adesão ao fascismo como forma de salvar-se das odiosas perseguições políticas –, a imagem de Norberto Bobbio permanece nitidamente ligada à intransigente defesa dos valores que conduzem uma sociedade a um sistema político inspirado na ótima relação entre os ideais de *liberdade e igualdade*. Inimigo do totalitarismo, manteve-se um apaixonado pelo realismo político, tendo defendido, até a morte, a democracia. Lembrando a lição do seu mestre Guido Calogero, Bobbio registrou que *só o reconhecimento da diversidade pode conduzir à tão sonhada igualdade: conjugar duas aspirações universais como igualdade e liberdade foi a lição do mestre que parecia imbuído de uma missão altamente religiosa, quase evangélica*<sup>5</sup>.

Sua capacidade de analisar conceitos firmados por pensadores famosos, apontando novas leituras sem anulá-los, é o que torna o conjunto do seu pensamento importante referencial na descoberta de novos valores, a partir de concepções já consagradas.

Hábil na polêmica, era rigoroso na valoração do seu pensamento.

Analisando a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, aplaude a essencialidade da sua dimensão normativa, enquanto descarta o rigor do seu formalismo.

Manteve-se afastado das questões da religião, sem se furtar a emitir juízos valorativos em diversas oportunidades, inclusive ao referir-se a João Paulo II

como o *Papa da contra-reforma*. Refutando Sartre e Dostoievsky, para quem *tudo era permitido porque Deus não existe*, afirmava que *exatamente porque Deus existe é que tudo era permitido*, fato a evidenciar sua militância na razão, e não na fé.

Sua crença, na verdade, sempre foram os direitos humanos: a religião dos indivíduos, dos cidadãos e da humanidade sobre os quais erigiu grande parte do seu pensamento.

Seu desiderato era uma democracia que prestigiasse o sufrágio universal, a igualdade, os direitos civis assecuratórios da liberdade de opinião e de organização, as decisões pela maioria, conjugadas com a proteção das minorias, enfim, uma democracia que implantasse as condições para o estabelecimento de uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa.

Celso Lafer ensina que Bobbio, utilizando o método de aproximações sucessivas, *foi desvendando os nexos entre democracia e direito, direito e razão, razão e paz e paz e direitos humanos, nexos que conferiram à sua obra e à sua atuação uma admirável unidade*<sup>6</sup>.

Este ideário vai fundamentar as bases da ideologia do Partido da Ação, cunhando a expressão *Justiça e Liberdade*, como pólos opostos em mútua atuação: as *liberdades*, tão idolatradas pelos liberais, e a *justiça social*, tão exigida pelos socialistas.

A aguda percepção de Bobbio de que esses valores não podiam estar dissociados obrigou-o a tentar encontrar uma solução de compromisso para a convivência desses contrários. E, na busca dessa mediação, Bobbio percebe que não existe uma “*fórmula mágica*”, mas que cada sociedade deveria encontrar o *ponto de equilíbrio* ideal entre aquelas idéias-força, a partir das bases da sua cultura e do estágio civilizatório de cada uma delas.

A compreensão desse fenômeno vai contribuir para torná-lo o interlocutor possível entre a esquerda comunista e a democracia cristã de direita. E foi exatamente a consistência do seu pensamento lógico, sempre voltado para um pragmatismo de resultados, o qual contribuiu, embora de forma velada, para que o comunismo italiano fosse seduzido pela democracia social.

Quando o colapso do bloco soviético fez surgir uma onda de triunfalismo entre os liberais, sua voz moderadora demonstrou, uma vez mais, que não se deveria exorcizar todos os dogmas comunistas, por nefastos, caso se desejasse, efetivamente, continuar lutando pela causa da *justiça social*. Sua obra *Direita e Esquerda* (1994) representa o sóbrio eco dessa advertência.

Bobbio estudou filosofia para aperfeiçoar-se como jurista; aprimorou-se como jurista para atuar na política. Na política, influenciou profundamente o pensamento de todas as gerações que com ele conviveram, sem nunca ter exercido um cargo político, exceto de Senador vitalício, que lhe foi conferido ao aposentar-se da cátedra.

Convidado para disputar a Presidência em uma composição de compromisso, confessou sua dificuldade em aceitar: seu talento estava voltado para discutir problemas, e não para apontar soluções.

O Brasil começa a descobrir Bobbio nos idos dos anos 50. O contato com o vigor do seu pensamento passa a incentivar o estudo das suas obras, principalmente entre juristas e filósofos brasileiros.

Em 1960, Miguel Reale divulgou uma monografia de autoria do Padre Astério Campos, na *Coleção Direito e Política*, da editora Saraiva.

Todavia, a saga dos estudos do pensamento do grande jurista e filósofo italiano vai ser deflagrada após sua visita a Brasília, em 1982, como convidado da Universidade de Brasília, evento que contou com a participação da elite jurídica do país, despertando entre nós crescente interesse pelas suas obras.

Morreu Norberto Bobbio, o homem. Permanecem entre nós, viva, sua obra, seus princípios, seu ideário, fonte irradiante de inspiração e referência indispensável tanto para filósofos e juristas, quanto para políticos.

## Notas

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 43.

<sup>2</sup> 1934 - “L’indirizzo Fenomenologico nella Filosofia Sociale e Giuridica”; 1934 - “Scienza e Técnica del Diritto”; 1938 - “L’analogia nella Logica del Diritto”; 1942 - “La Consuetudine Come Fatto Normativo”; 1945 - “La Filosofia del Decadentismo”; 1950 - “Teoria della Scienza Giuridica”; 1955 - “Política e Cultura”; 1955 - “Studi sulla teoria Generale del Diritto”; 1958 - “Teoria da Norma Jurídica”; 1960 - “Teoria do Ordenamento Jurídico”; 1961 - “O Positivismo Jurídico”; 1963 - “Locke e o Direito Natural”; 1964 - “Italia Civile”; 1965 - “Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico”; 1965 - “Da Hobbes a Marx”; 1969 - “Ensaio Sobre a Ciência Política na Itália”; 1969 - “Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant”; 1970 - “Studi per una Teoria Generale del Diritto”; 1971 - “Uma Filosofia Militante: Studi su Carlo Cattaneo”; 1977 - “Qual Socialismo?”; 1978 - “Dalla Struttura alla Funzione”; 1979 - “O Problema da Guerra e as Vias da Paz”; 1981 - “Estudos sobre Hegel”; 1984 - “O Futuro da Democracia”; 1984 - “Maestre e Compagni”; 1988 - “II Terzo Assente”; 1989 - “Thomas Hobbes”; 1994 - “Direita e Esquerda”; 1995 - “A Teoria das formas de Governo”; 1995 - “Dicionario de Política”; 1996 - “O Tempo da Memória”; 1997 - “Estado, Governo, Sociedade”; 1997 - “Os intelectuais e o Poder”; 1999 - “Diário de um Século”; 1999 - Ensaio sobre Gramsci e o Conceito de Sociedade Civil”; 1999 - “Teoria Geral da Política”; 2001 - “Diálogo em Torno da República”; 2001 - “Entre duas Repúblicas”; 2002 - “Elogio da Sereidade”; 2003 - “O Filósofo e a Política”.

<sup>3</sup> Apud COSTA, Wilson. Bobbio: venceu “cacoetes ideológicos”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2004.

<sup>4</sup> GONÇALVEZ FILHO, Antônio. Bobbio, o filósofo e senador italiano. *O Estado de São Paulo*, 10 jan. 2004.

<sup>5</sup> Idem, ibidem.

<sup>6</sup> LAFER, Celso. Influência de Bobbio: abriu caminho e não fechou portas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2004.

## Referências

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

\_\_\_\_\_, e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

COSTA, Wilson. Bobbio: venceu “cacoetes ideológicos”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2004.

GONÇALVEZ FILHO, Antônio. Bobbio, o filósofo e senador italiano. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2004.

LAFER, Celso. Influência de Bobbio: abriu caminho e não fechou portas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2004.

## Resumo

O artigo aborda, de forma panorâmica, a vida, a obra e a influência do pensamento de Norberto Bobbio, um dos mais importantes filósofos jurídicos do século XX, recentemente desaparecido.

Ao tratar de sua extensa obra, o texto aponta o ecletismo do grande pensador italiano: passeia pela filosofia, pelo direito e pela política com igual desenvoltura e densidade.

Ressalta a importância de suas conclusões: após estudar os vários modelos de Estado, passa a ensinar que a sociedade ideal só seria alcançada com o perfeito equilíbrio entre a *liberdade e a igualdade*.

Faleceu em 9 de janeiro de 2004, deixando como legado uma obra densa de ensinamentos nos principais campos do conhecimento humano.

Palavras-chave: Bobbio; Sociedade ideal; Liberdade; Igualdade; Direitos humanos; Facismo; Comunismo; Liberalismo; Democracia social.

## **Abstract**

The article provides an overview on Norberto Bobbio's life, work and the influence, one of the most important juridical philosopher of the Twentieth Century. It highlights his eclecticism: he shifts from philosophy, law and politics. It also stresses the importance of his conclusions after studying the many state models, he started to teach that the ideal society would only become true through the perfect balance between freedom and equality. He died on February 9th, 2004 and left as a heritage extensive works on the main fields of human knowledge.

Key words: Bobbio; Ideal society; Freedom; Equality; Human rights; Fascism, Comunistism, Liberalism, Social democracy.

## **Resumen**

El artículo fornece una visión panorámica de la vida, obra y de la influencia de Norberto Bobbio, uno de los más influyentes jurifilósofos del siglo XX. Su extensa obra representa muy bien el ecletismo de su pensamiento: camina por la filosofía, por el derecho y por la política con igual desenvoltura y densidad. Tras haber estudiado varios modelos de Estado, pasa a enseñar que la sociedad ideal sólo sería alcanzada con el perfecto equilibrio entre la *libertad* y la *igualdad*.

Faleció el 9 de enero de 2004, dejando como herencia una obra llena de enseñanzas sobre los principales campos del conocimiento humano.

Palabras-clave: Bobbio; Sociedad ideal; Libertad; Igualdad; Derechos humanos; Fachismo; Comunistismo; Liberalismo; Democracia social.



O conhecimento aprofundado da hermenêutica jurídica é de significativa relevância para os operadores do direito. De nada adianta um conhecimento especializado de institutos jurídicos próprios dos diversos ramos do direito (penal, tributário, cível, administrativo etc.), se falta ao jurista a consciência de que o direito pressupõe, para sua plena eficácia, um entendimento que possa ir além da norma positiva, situando-a no contexto de uma sociedade democrática e pluralista.

A hermenêutica permite interpretar o direito, buscando reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e de modo a cuidar que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade. A hermenêutica jurídica remete-nos à compreensão do próprio ser no mundo, pois o direito nada mais é do que algo que o sujeito histórico vive, vale dizer, a dimensão jurídica da história do homem.

No presente artigo, traçamos uma distinção entre os termos hermenêutica e interpretação, evidenciando o caráter amplo da primeira e concreto da segunda. Salientamos que a hermenêutica representa o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, ao passo que a interpretação traduz a busca efetiva deste significado em cada caso concreto. A hermenêutica é, portanto, mais ampla e situa-se em um momento lógico anterior. A interpretação consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais.

Feita a distinção, destacamos algumas características da atividade interpretativa, que há de buscar adaptar o sentido da lei às mudanças que a evolução opera na vida social, haja vista que o significado jurídico é o significado atual, pois a norma jurídica é aquela de valor cogente atual.

Como “ciência do espírito”, como objeto cultural, o direito é compreendido, e esta compreensão é influenciada, em larga escala, pela pré-compreensão do intérprete, este entendido como o ser e suas circunstâncias. A questão da pré-compreensão foi um dos mais ricos achados da hermenêutica filosófica contemporânea. Significa que a interpretação e aplicação do direito são influenciadas por fatores constitutivos da personalidade e do modo de pensar dos sujeitos da interpretação.

Prosseguindo, sem a pretensão de um aprofundamento maior neste tópico, comentamos a evolução da hermenêutica jurídica, traçando uma visão panorâmica das escolas de interpretação jurídica, as quais dividimos em dois blocos: o das escolas dogmáticas e o das escolas zetéticas, esclarecendo a visão de cada grupo.

A evolução do pensamento hermenêutico sofreu decisiva influência do processo de democratização, eis que a ordem jurídica passou a ter de lidar com conflitos de interesses e de valores de uma sociedade pluralista e cada vez mais complexa. Todo esse processo de liberalização influenciou o intérprete e, conseqüentemente, sua leitura das normas jurídicas.

Não deve o juiz, aplicador por excelência do direito, ficar prisioneiro do exercício logístico que conflita com a realidade das relações sociais. É preciso ter presente que o direito lida com o elemento humano, que não é homogêneo, e com circunstâncias históricas e culturais diferenciadas.

Percebe-se da nova tendência das doutrinas de interpretação que se baseiam em um pensamento problemático, buscando, ao interpretar as normas, procurar investigar as circunstâncias concretas e problemáticas de cada caso, de modo a alcançar uma decisão, ao menos, razoável para o caso concreto.

A lógica jurídica não se iguala à lógica formal, identificada com o pensamento analítico, mas à lógica relativa ao raciocínio propriamente jurídico, valorativo, à retórica e à argumentação.

Falaremos sobre a criação judicial do direito, na medida em que as novas leituras passíveis de serem feitas pelo intérprete resultam por criar novos modelos jurídicos.

Feita esta análise da hermenêutica jurídica, ingressamos, propriamente, na parte que representa a problematização do tema, qual seja, a interpretação mediante a aplicação da lógica do razoável e a possibilidade de criação judicial do direito ante a questão da segurança jurídica, valor basilar do Estado Democrático de Direito.

Ao fim e ao cabo, apresentaremos algumas diretrizes norteadoras da interpretação dos modelos jurídicos.

## **1 - Hermenêutica e Direito**

Consoante os ensinamentos do mestre italiano Emilio Betti, a hermenêutica é uma ciência do espírito voltada para o estudo da atividade humana de interpretar.

A origem do termo hermenêutica tem como referência o deus grego Hermes, que teria sido o descobridor da linguagem e da escrita. Segundo a mitologia grega, Hermes levava a mensagem dos deuses aos homens, vale dizer, trazia algo desconhecido e ininteligível para a linguagem dos homens. Tinha, assim, uma função de transmutação, transformando aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compreensão conseguisse apreender.

Extrai-se do *Dicionário Jurídico* da Academia Brasileira de Letras Jurídicas que a hermenêutica jurídica é a “*ciência auxiliar do direito que tem por objetivo estabelecer princípios e regras tendentes a tornar possíveis a interpretação e a explicação não só das leis como também do direito como sistema*”<sup>1</sup>.

Em uma das mais festejadas obras sobre o tema, Carlos Maximiliano, já em suas primeiras linhas, deixa assentado que “*a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar*”<sup>2</sup>.

Pode-se, portanto, afirmar que a hermenêutica ocupa-se do estudo, desenvolvido abstratamente, dos enunciados que podem presidir uma determinada interpretação, encerra todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal.

Segundo Margarida Lacombe, a hermenêutica jurídica tradicional tem por objeto o estudo das chamadas técnicas de interpretação das leis<sup>3</sup>.

A hermenêutica jurídica desempenha uma função essencial no direito. Permite interpretar o ordenamento jurídico, dando-lhe um novo significado que, muitas vezes, não foi almejado pelo próprio legislador. Considera a organização legal, os fatos e os valores originários e supervenientes ao ordenamento jurídico. A ela cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade. A hermenêutica jurídica só se justifica quando serve à dignidade e à natureza humana.

## **1.1 – Diferença entre hermenêutica e interpretação**

Embora muitas vezes utilizados como sinônimos, certo é que existe distinção entre os termos hermenêutica e interpretação.

Com efeito, a interpretação é essencialmente concreta, consiste em atribuir um sentido ou um significado a expressões ou enunciados. Esta idéia de atribuição de sentido já denota a característica integrativa da atividade de interpretar, que envolve uma atividade volitiva do agente interpretativo; vale dizer, a interpretação não é uma operação objetivamente determinada, mas, antes, subjetivamente desenvolvida.

A interpretação consiste em uma mediação entre o que está posto abstratamente na norma e os destinatários do objeto interpretado; visa à aplicação da regra a um determinado caso concreto. A própria etimologia da palavra interpretação conduz a esta assertiva: *inter* e *pars*, ou seja, entre partes.

Assim, a distinção está em que a hermenêutica representa o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, ao passo que a interpretação traduz a busca efetiva deste significado em cada caso concreto; a hermenêutica é, portanto, mais ampla e situa-se em um momento lógico anterior. A interpretação consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais<sup>4</sup>.

Alguns autores reputam despidianda essa distinção, porquanto não apresentaria nenhuma utilidade prática. Todavia, hermenêutica e interpretação levam a atitudes intelectuais distintas, eis que naquela se analisam regras sobre regras jurídicas, seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc., enquanto nesta há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma. Esta decisão a ser aplicada não é procurada a esmo. Ela segue caminhos já pré-estatuídos, em caráter abstrato, pela hermenêutica, que não cogitava de nenhum caso específico.

Celso Ribeiro Bastos exemplificou com bastante felicidade a distinção entre hermenêutica e interpretação, *in verbis*:

*“O hermenêuta oferece os enunciados que servirão à interpretação. O intérprete os toma como um dado prévio, e deles se utilizará segundo sua arte interpretativa. A interpretação, pode-se dizer assim, é verdadeiramente uma arte. Como as tintas que se apresentam ao pintor, os enunciados hermenêuticos são deixados ao tirocínio do intérprete. Assim como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto..... A interpretação já tangencia com a própria retórica. Não é ela neutra e fria como o é a hermenêutica. Ela tem de persuadir, de convencer.... Não se quer que o intérprete coloque sua opinião, mas sim que ele seja capaz de oferecer o conteúdo da norma jurídica de acordo com enunciados ou formas de raciocínio explícitos, advindos de determinada ciência, mas sem necessariamente com isto estar-se fazendo ciência”<sup>5</sup>.*

Prática, assim, o exegeta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, no entanto sem ser substituída pela própria ciência, pois, embora esta última elabore as regras, trace as diretrizes, condicione o esforço, metodize as lucubrações, não se dispensa, na atividade interpretativa, o coeficiente pessoal, o valor subjetivo do intérprete; isto é, não se reduz o investigador esclarecido a um autômato.

## 1.2 – A questão da compreensão e pré-compreensão

Diferentemente dos fenômenos da natureza, que têm na explicação o método adequado ao seu conhecimento, o direito, que se apresenta como criação do homem, racionalmente produzida ou simplesmente revelada no curso da experiência social, exige, para se dar a conhecer, compreensão, que é um ato de consciência, dotado de uma nota existencial. A interpretação representa a exteriorização da compreensão.

Aspecto que merece destaque é a idéia, defendida por Heidegger, de que a compreensão pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender. Diz o mestre:

*“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”<sup>6</sup>.*

A compreensão de um texto começa, assim, com os conceitos prévios do intérprete, que serão substituídos por outros mais adequados. Na busca da compreensão, o intérprete está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam ao final. Dessa forma, a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias<sup>7</sup>.

A compreensão de um texto será inevitavelmente guiada pela compreensão inicial do intérprete sobre a matéria, ainda que não seja definitivamente por ela

determinada. De sorte que a análise do processo interpretativo não pode se dissociar de uma reflexão sobre os elementos constitutivos da personalidade e do modo de pensar do exegeta, pessoa historicamente situada e datada.

Com efeito, a realidade se nos apresenta em perspectivas individuais, vista sob o ângulo do intérprete, fruto de sua pré-compreensão e sua personalidade. Nessa linha de raciocínio, a visão que se tem das coisas é apenas uma dentre várias outras possíveis, representando, por mais abrangente que possa ser, apenas uma parte do todo. Daí a necessidade de se somar à nossa perspectiva a do outro e duvidar sempre de evidências não refletidas, de modo a se alcançar uma apreensão total do real.

Quando se fala em hermenêutica e interpretação jurídicas, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito. É que, por mais hábeis que sejam os elaboradores das leis, a infinitude das situações da vida não poderiam ali se compreender por completo. Embora fixado o direito positivo, a vida continua, desdobrando-se em diversas atividades, manifestando-se sob múltiplos aspectos: sociais, morais, econômicos. Aquelas situações, interesses e aqueles negócios que as normas visaram regular sofrem transformações, surgem fenômenos imprevistos, novas idéias se espalham, a técnica revela coisas cuja existência não foi possível prever no momento de elaboração do texto legal. Assim, embora a letra da lei permaneça, o sentido há de se adaptar às mudanças que a evolução opera na vida social.

Daí se afirmar que todo enunciado normativo é um enunciado aberto, eis que sujeito a diversas leituras e interpretações contextualizadas, embora há de se ter presente que o texto normativo é o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o limite para a interpretação.

Toda norma legal constitui-se de duas partes: o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele é a atividade do intérprete, que, para tanto, precisa compreender bem o conteúdo da norma, sujeito, como visto, a variações de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização.

## **2 - Evolução da hermenêutica jurídica: visão panorâmica das escolas de interpretação**

Retomando o raciocínio que se desenvolvia acima, interpretar é imprimir um significado válido a uma norma, produzindo uma decisão sobre a regulamentação jurídica de determinado caso concreto. Não há aplicação de uma norma sem interpretação que a preceda.

A atividade interpretativa, influenciada em grande parte, como visto, por preconceitos, valores e visões pessoais do aplicador da lei, obriga a uma opção, dentre as escolhas possíveis, por aquela que seja a melhor. Extrai-se da lição do mestre Gustavo Radbruch a verdadeira essência do ato interpretativo, quando afirma: “*A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro*”<sup>8</sup>.

O exercício da personalidade no ato interpretativo implica a possibilidade de se chegar a resultados diversos. Todavia, o mundo jurídico requer, para sua legitimação, um discurso jurídico-normativo.

Uma visão global do desenvolvimento do pensamento jurídico e das escolas hermenêuticas dele decorrentes mostra, com relativa nitidez, dois grandes blocos cujas linhas demarcatórias situam-se aproximadamente na passagem do século XIX para o século XX.

## **2.1 – Escolas de orientação dogmática**

No primeiro bloco, temos as escolas de orientação dogmática (escola da exegese, na França; escola da jurisprudência conceitual, no sistema germânico; escola da jurisprudência analítica, no sistema da “*Common Law*”), que se caracterizam em jungir o direito aos textos rígidos e aplicá-los hoje de acordo com a vontade, verificada ou presumida, de um legislador há muito sepultado. A dogmática jurídica tem sua importância e representa a forma preponderante no direito do Estado moderno. Segundo o professor João Maurício Adeodato, o direito dogmático exige uma sociedade complexa, com um aparato burocrático estável, apresentando, ainda, dois requisitos: a obrigatoriedade de argumentar baseado numa norma preexistente e componente do sistema ou ordenamento jurídico e a obrigatoriedade de o Estado decidir<sup>9</sup>.

Exemplifica o mestre que um advogado de pessoas faveladas que tenham invadido terras alheias não pode simplesmente alegar que o proprietário não teria direito às terras invadidas por já possuir grandes latifúndios, haja vista a inexistência de norma nesse sentido no ordenamento jurídico pátrio. Haveria de buscar fundamentos em normas ou figuras jurídicas positivas, tais como a função social ou o mau uso da propriedade.

De outra parte, pretendendo o Estado o monopólio do direito, o direito dogmático compromete-se a decidir todo e qualquer conflito que seja apresentado ao Estado, de modo que um juiz não pode eximir-se de prolatar sentença na

esfera de sua competência, alegando falta de elementos para formar sua convicção.

As escolas dogmáticas ficaram historicamente estigmatizadas pelo rigoroso aprisionamento do intérprete às palavras da lei e à sua direta aplicação. Seu lema “*dura lex sed lex*” tornou-se dogma de fé, uma *ratio juris* específica.

Se, por um lado, a procura do pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido do mesmo; ao revés, a generalização deste processo, transformando em objetivo único o que, na verdade, é simplesmente um dentre muitos recursos da hermenêutica, a confusão do fim com o meio, traduz-se em erro. Com efeito, da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, pode-se deduzir, quando muito, o sentido desta, e não seu alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever<sup>10</sup>.

## 2.2 – Escolas de orientação zetéica

Já as escolas de orientação zetéica repudiam o dogmatismo exegético e perfilam os ideais da interpretação teleológica, voltada para o conteúdo social, realista e ideológico do direito. Libertam-se os intérpretes de uma análise do fenômeno jurídico estritamente formalista e incorporam outros instrumentos conceituais e hermenêuticos, além da ordem legal positivada, antes considerados a-jurídicos. Representam, de certa forma, um dos produtos da eclosão liberal do século XX – cujas raízes se encontram no século XVIII – e das novas concepções econômicas, estéticas, políticas e sociais que marcaram de forma profunda o nosso século, distinguindo-o tão nitidamente dos anteriores.

O liberalismo do século XVIII, com figuras exponenciais como Montesquieu, Voltaire e Bentham, exerceu profunda influência no campo filosófico, religioso e das instituições políticas. No início do século XIX, significou, principalmente, liberalismo econômico, individualismo, livre-competição e *laissez-faire*. A classe média assume realmente o poder, com a ruptura das dificuldades e diminuição de privilégios específicos. O nacionalismo surge como força adicional. A sociedade, de um modo geral, está impregnada do utilitarismo inglês, da nova fé no progresso e na evolução e do liberalismo nacional e internacional. Todo o arcabouço material e psicológico, acrescido da segunda fase da revolução industrial e das revoluções científicas, gerou, no século XX, a sociedade de massa, o impacto da ciência na sociedade, a imprensa popular, a mudança na situação social e jurídica das mulheres e o crescimento da economia popular. A tudo isso, somam-se a revolução artística e as novas concepções da literatura, da poesia, das artes plásticas e da arqui-

tetura. O mundo não mais poderia ser o mesmo, pois os grandes sustentáculos da sociedade estavam abalados: a autoridade da religião, a autoridade dos pais, a autoridade dos professores, a autoridade das próprias autoridades. Esta ânsia de liberdade, de renovação, teria de repercutir no direito, resultando na busca de novas reformulações. Todo um processo de liberalização influenciou no intérprete e, portanto, na sua leitura das normas jurídicas.

Modernamente, na hermenêutica jurídica, notam-se exigências sempre renovadas em prol de perspectivas críticas, de maior interdisciplinaridade, afastando-se o operador jurídico da imagem de mero repetidor de fórmulas burocratizadas. À nova exegese construtora compete fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do direito.

### 3 - A lógica do razoável

O direito, como objeto cultural, é dotado de significação porque relacionado a valores. Daí se poder afirmar que a hermenêutica jurídica também deverá orientar-se em função dos valores, como instância de compreensão.

Já dizia Gustavo Radbruch que o direito é um fato ou fenômeno cultural que não pode ser definido senão em função do justo: “*o valor do direito é a justiça*”<sup>11</sup>.

Via de consequência, o pensamento jurídico não se conforma com o tipo de raciocínio linear que ignore a dialética jurídica e os valores que informam a hermenêutica.

Dentro dessa perspectiva e sob o impacto da crise vivida pelo direito nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, quando os valores então vigentes não mais correspondiam aos valores consagrados anteriormente, e a certeza e objetividade fornecidas pelo formalismo não mais atendiam ao clamor da sociedade pela verdadeira justiça, é que Luis Recaséns Siches escreve sua obra *Nova Filosofia da Interpretação do Direito*, na qual estabelece distinção entre uma filosofia jurídica acadêmica voltada para conceitos de ordem geral, cabíveis em todo e qualquer ordenamento jurídico, e outra não-acadêmica, mais preocupada com os problemas oriundos da prática jurídica.

Salienta o autor que o agir humano, dotado dos sentidos de ética e prudência, além do sentido referido à finalidade imaginada pelo agente e aos meios previstos para sua busca, possui uma lógica própria, que se encontra sob a égide do *logos* do humano, que é o *logos* do razoável.

Assim, como toda obra humana tem uma finalidade de caráter concreto, também a norma jurídica se consubstancia em um produto histórico intencional-

mente referido a valores, e o direito positivo se traduz na justa interpretação das normas vigentes.

Esse compromisso com a justiça social muitas vezes implica o fracasso do método lógico-dedutivo, na medida em que a individualização do direito não segue as regras do silogismo, o que se evidencia no caso de lacuna, antinomia ou, ainda, quando a mecânica operação de subsunção do caso à norma leva a uma injustiça. Por isso, Recaséns Siches busca o método axiológico de interpretação, que permitiria a justa interpretação das normas vigentes.

Para ele, deve-se privilegiar os efeitos concretos do direito na sociedade. Segundo o mestre, a definição se uma norma é ou não aplicável a determinado caso concreto não se resolve por mera lógica dedutiva, ao contrário, somente encontra solução ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria no caso concreto. Exemplificando: um mandado de reintegração de posse que implique a remoção de um único litigante equipara-se a outro que subtraia o chão e retire o teto de centenas de famílias?

Não obstante, para fugir à crítica da atuação arbitrária, que ameaçaria a ordem jurídica e a estabilidade social, o juiz, intérprete por excelência do direito, haveria de buscar justificativa que apresentasse aparência lógica e convincente à sua decisão.

Segundo o método estabelecido por Recaséns Siches, o juiz, primeiro, intuiria o que é justo para o caso concreto e depois buscaria formular a sua fundamentação. É esta intuição do juiz o que está fundado sobre a lógica do razoável. Vejamos as palavras do mestre:

*“Y, es más, de ordinario la mente del juez primero anticipa el fallo que considera pertinente y justo – claro es que dentro del orden jurídico positivo vigente —, luego busca la norma que pueda servir de base para esa solución, y da a los hechos la calificación adecuada para llegar a dicha conclusión.*

*Suele ocurrir que el juez, a la vista da la prueba y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; después busca los principios, es decir, las normas jurídicas que puedan justificar esa su opinión, y articula los resultados de hecho de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a dictar”<sup>12</sup>.*

Pode-se dizer que, para Recaséns Siches, a base de sustentação dos fundamentos elaborados pelo juiz é o silogismo, embora este não influencie a escolha da premissa maior pelo juiz.

Em que pese o caráter dogmático-conceitual do direito, que tem na lei sua principal fonte, em sistemas como o nosso, afastamo-nos neste particular de Siches, para entender, com Chaim Perelman, que as decisões razoáveis são aquelas que apresentam melhores condições de se imporem pela força dos seus argumentos, coadunados com os valores admitidos pela sociedade. Valoriza-se a idéia de justificação em oposição à idéia de demonstração. Assim, o raciocínio prático mostra-se capaz de justificar uma decisão com recurso às técnicas de argumentação, no sentido de estabelecer o que é importante, o que é negligenciável, o que é essencial e o que não é. Importa aqui a fundamentação racional que justifica o agir humano e que seja capaz de suportar e organizar o enfrentamento de teses opostas referentes a um mesmo problema jurídico.

A questão da razoabilidade das decisões jurídicas está intimamente ligada ao já mencionado compromisso com a paz social, eis que o direito não pode se desinteressar da reação das consciências. Considera-se solução razoável aquela que não se opõe, sem razão, ao senso comum de cada sociedade; aquela que é aceita pelo público-alvo, que pode ser representado pelas partes litigantes, por outros juízos que venham a também apreciar o mesmo caso, o público em geral que, de toda forma, é atingido pelo comportamento do Poder Judiciário.

#### **4 - A criação judicial do direito**

A interpretação de qualquer norma jurídica consiste em uma atividade intelectual cuja finalidade precípua é – estabelecendo o seu sentido – tornar possível a aplicação dos enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações concretas da vida.

Essa transformação das disposições gerais em direito interpretado realiza-se no raciocinar de um operador do direito, ser situado e datado, historicamente condicionado, de sorte que suas idéias e valores, para não dizer preconceitos ou ideologia, se não determinam, pelo menos condicionam, em larga medida, a sua visão do justo.

Por sua vez, é natural que, a cada concretização, os modelos jurídicos se ampliem e se enriqueçam, adquirindo novas possibilidades de utilização até então inimagináveis, e, assim decididos, passem a valer como precedente e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa.

Com efeito, cabe aos intérpretes-aplicadores do direito encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, que não podem esperar pela demorada resposta do legislador. E assim o fazem, mediante novas leituras dos mesmos enunciados normativos que, de tão inovadoras, chegam, por vezes, a criar novos modelos jurídicos.

Essa competência busca o judiciário em dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade na lei e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador.

Tais interpretações atualizadoras têm a virtude de regenerar o texto normativo, sem fazer apelo às revisões formais. Ora, é certo que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, que esta concretização ocorre no presente, e não ao tempo em que a norma foi produzida, que tem em mira resolver problemas atuais segundo critérios de valor que vigoram no presente. Por tudo isso, deve-se reconhecer ao intérprete-aplicador legitimidade para criar novos modelos jurídicos.

Como diz Larenz, as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente. Assim, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto lingüístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão lingüística das pessoas a quem elas falam agora, e não daquelas a quem falaram no passado<sup>13</sup>.

De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais, precisamente para preservar a sua força normativa, o que ele tem em vista é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, os olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei, e não o significado histórico da sua promulgação<sup>14</sup>.

No âmbito da hermenêutica jurídica, esse enriquecimento de perspectiva que possibilita as chamadas novas leituras dos enunciados normativos acentua, concomitantemente, o dever do intérprete-aplicador do Direito de prestar contas do seu trabalho interpretativo, que, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.

## **5 - A lógica do razoável e a criação judicial do direito em contraposição à segurança jurídica**

Antes de adentrarmos na problematização do tema, específica deste tópico do trabalho, convém relembrar alguns relevantes aspectos

concernentes à hermenêutica jurídica. Permite ela interpretar o ordenamento jurídico, dando-lhe um novo significado que, muitas vezes, não foi almejado pelo próprio legislador. Considera a organização legal, os fatos e os valores originários e supervenientes ao ordenamento jurídico. A ela cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade. A hermenêutica jurídica só se justifica quando serve à dignidade e à natureza humana.

A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do direito, qual seja, a realização da justiça. Se assim fosse, já teríamos computadores recolhendo os casos concretos e aplicando neles as leis pertinentes. Todavia, a natureza e a realidade humana não podem ser tratadas como números ou fórmulas.

Como lecionou Gadamer, dentre outros, ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo, posto que a lei deve existir para servir ao homem, e não o homem, à lei.

Fazem parte do direito a ponderação e a dialética na interpretação das leis, de modo que se afigura insuficiente, para uma decisão pretensamente correta, a simples aplicação de técnicas e métodos determinados. Com efeito, inexistente técnica jurídica capaz de garantir, por si só, que o juiz julgará bem, no sentido de uma solução razoável, se não justa, próxima do que poderia ser acreditado como justo.

Um dos pressupostos da eficácia do direito é que a norma deve ter sido elaborada para que, de sua aplicação, resulte a justiça. Depreende-se que o importante, com relação à norma, é pensá-la teleologicamente, é fazer uma prospecção dos resultados de sua aplicação, é mapear seus efeitos, enquadrá-los em uma moldura axiológica.

Do ponto de vista pragmático, na instância judicial, a melhor visão do problema é a que se concentra não nos teóricos e metafísicos labirintos hermenêuticos, mas na repercussão social da decisão. Esta deveria valer não tanto pela sua estrutura lógica, pela sua erudita elaboração, mas pelos seus efeitos axiologicamente considerados.

Essa perspectiva da necessidade de adequação das normas aos fatos apresenta-se, na verdade, como requisito indispensável à própria efetividade do direito, que necessita manter-se sintonizado com a realidade social da qual emerge e sobre a qual atua.

Com efeito, a interpretação de qualquer norma jurídica tem por escopo tornar possível a aplicação aos casos concretos dos enunciados normativos, abstra-

tos e gerais. Vencer a distância material entre a generalidade dos enunciados e a especificidade dos casos a decidir é, no fundo, o desafio maior do operador do direito, ao contrário do que se possa imaginar seja a distância cronológica entre a elaboração do enunciado e o momento de sua aplicação às situações da vida.

Essa concretização dos enunciados jurídicos é que revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e permite que ela cumpra sua função de regular situações da vida real.

Nada obstante, na busca de revelar o conteúdo significativo da norma (hoje e não no momento de sua elaboração), o intérprete, como visto neste trabalho, absorve e racionaliza as novas exigências sociais e, muitas vezes, amplia e enriquece os modelos jurídicos, que assumem novas possibilidades de utilização. Nesse processo, o intérprete vai progressivamente enriquecendo e ampliando os objetos do conhecimento com novas perspectivas. Por isso, Radbruch afirma que *“a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”*<sup>15</sup>.

A interpretação jurídica, é certo afirmar, representa um dialético levar adiante o que foi dito – preservado, transformado e, por essa forma, enriquecido –, um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras, como é próprio das coisas do espírito.

Essas novas leituras que se fazem dos mesmos enunciados normativos e que resultam, como dito, das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito chegam, às vezes, a criar novos modelos jurídicos. Tal fato, porém, tem sido, de resto, aceito pela sociedade e visto como necessário, eis que o juiz está obrigado a resolver prontamente os casos que se lhe apresentam, em que pesem, contudo, algumas vezes que se levantam para argüir violação da divisão dos poderes, eis que somente o legislativo poderia criar novos modelos jurídicos.

Um dos exemplos de construção judicial do direito que se poderia trazer à colação para ilustrar este trabalho é o da correção monetária, que foi estendida para toda espécie de débito judicial pela jurisprudência dos Tribunais. Posteriormente, toda essa construção hermenêutica foi absorvida pelo legislador, que editou a Lei nº 6.899/81.

A aplicação-realização do direito é tarefa profundamente diversa de um simples trabalho mecânico de repetição acrítica e monotonamente reiterada do que é dado na legislação. Ao revés, consiste em um trabalho de investigação-interpretação e de construção-reelaboração da norma e da realidade.

Com efeito, o modo mais apto a dignificar e engrandecer o trabalho do intérprete do direito consiste em reconhecer e velar pelos interesses populares, apreendendo as novas formas de inter-relacionamento humano que brotam no seio do povo, buscando traduzir-se em instituições jurídicas.

Pretender que a aplicação judicial do direito se esgote na perspectiva silogística é insustentável. O processo hermenêutico não se pode realizar sem ampla valorização de todos os dados em questão. Indaga-se o significado das leis na medida em que são relevantes à apreensão do significado dos fatos.

Isso não quer significar que, ao desempenhar a missão de interpretar e aplicar a lei, possam-se adotar critérios de justiça pessoal imotivadamente distanciados do direito positivo e dos princípios gerais do direito orientadores do ordenamento jurídico. Ao contrário, é com esses dados em mente que deverá o intérprete considerar as exigências do caso concreto, tendo em vista as concepções sociais prevalentes entre seus concidadãos, de modo que, valorizando os dados peculiares aos preceitos do ordenamento jurídico, conclua, por vezes, que a regra de direito positivo que seria aplicável a determinado caso concreto por mera subsunção ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis. Com isso, por obediência ao direito, deverá afastar esta regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da justiça.

Não se trata aqui de exigências da justiça abstrata. Trata-se de exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência à lei ou leis em descompasso com o processo histórico-cultural, importa em negação da justiça e conseqüente frustração das expectativas sociais, impedindo a normal evolução do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência.

Essa perspectiva tem merecido albergue pela jurisprudência contemporânea, emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se pode aferir dos exemplos adiante colacionados:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA. TRANSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ARTS. 575, II E 583, CPC. INÍCIO DA EXECUÇÃO PERANTE O MESMO JUÍZO DO PROCESSO DE

CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO ECONÔMICO PARA O PROCESSO E MENOS ONEROSO PARA O DEVEDOR. NÃO-RECONHECIMENTO DE NULIDADE. RECURSO DESACOLHIDO.

.....

*VI – A melhor interpretação não se subordina servilmente às palavras da lei, nem usa raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, porém se preocupa com a solução justa, com olhos voltados para a lógica do razoável, na expressão de Recaséns Siches.....”<sup>16</sup>.*

“PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

*I – Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cediço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social.*

.....

*III – Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeição aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram, mas também as transformações culturais e sociopolíticas da sociedade a que se destina”<sup>17</sup>.*

Impõe salientar que a criatividade que se preconiza para o intérprete não exclui ou afasta a segurança jurídica, na medida em que a solução apresentada haverá de encontrar amparo no ordenamento jurídico, não podendo dele se dissociar. Ao contrário, a percepção e o sentimento da vida e da situação da sociedade fortalecerão a segurança jurídica, salvo se ela estiver associada aos interesses de uns poucos e dissociada dos interesses da maioria.

É certo dizer que a segurança vem das leis firmes que o Estado promulga, representando uma estrada “legalmente” sinalizada a orientar a conduta dos cidadãos, permitindo-lhes agir eticamente, adotando procedimentos razoáveis e previsíveis de que seu agir é direito e não torto, de que suas ações em sociedade não poderão sofrer sanções. Com efeito, mudanças constantes nas leis atentam contra a segurança jurídica. Cabe à doutrina e à jurisprudência construir em torno dos textos antigos, de forma a ilustrar, completar e aperfeiçoar o direito escrito.

O leque de possibilidades que se abrem na aplicação da lei, pela atuação da doutrina e jurisprudência, não implica insegurança, como se poderia pensar, mas sim maior segurança, posto que, quanto mais soluções tiver a aplicação de determinada norma legal, mais segura será porquanto nenhuma hipótese terá ficado sem ser estudada.

Se é certo que o intérprete tem de manter-se dentro do sistema jurídico, não menos certo é que a legislação estatal é apenas o núcleo estável, a linha de referência do ordenamento jurídico positivo do Estado. Entender a ordem estabelecida como inquestionável, logo imutável, leva a subestimar as forças sociais em ascensão e mutação, conduzindo à desconformidade entre o processo histórico e o processo legal que nele se insere.

Rigorosamente, a vinculação que existe é entre o juiz, sua decisão e o sistema jurídico, e não à letra da lei. Assim, uma decisão que à primeira vista pareça ser *contra legem* pode, na verdade, estar em harmonia com o sistema jurídico visto como um todo. A liberdade do juiz em um sistema de direito positivo e codificado consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais. Embora vinculado à lei, o juiz a manipula de forma criativa.

Portanto, para que a hermenêutica jurídica não se ponha como uma disciplina meramente formal, há de haver questionamento de conteúdos e perspectivas; ter-se a consciência de que as leis são elaboradas para aplicação à vida social, e não há aplicação sem interpretação, sendo que esta não é só das leis, mas também dos fatos e sofre decisiva influência dos pressupostos nos quais se apóia.

Enfim, é preciso ver o direito dentro do processo histórico global, encarar os fatos sociais com a consciência de que a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida. Qualquer concepção de hermenêutica que não deite raízes

nas necessidades sociais revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance<sup>18</sup>.

Dessa forma, ao se apregoar a aplicação da chamada lógica do razoável e ao se reconhecer a possibilidade de criação judicial do direito, não o fazemos sem a necessária exigência da motivação do labor hermenêutico do intérprete-aplicador, que deverá, necessariamente, encontrar abrigo no ordenamento jurídico, nos princípios gerais, na norma fundamental. A legitimidade e eficácia da construção interpretativa restam condicionadas à sua justificação, a um processo de convencimento racional para transformar aquilo que, a princípio, era apenas um ponto de vista subjetivo, uma opinião pessoal de determinado intérprete-aplicador, em um entendimento objetivo (inter-subjetivo), senão unânime, pelo menos da maioria do grupo social que o avaliza na exata medida do seu poder de convicção. Porque produzida segundo o devido processo legal, em seu sentido amplo (*substantive due process/procedural due process*), esta decisão estará revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento.

Verdadeiramente, a segurança jurídica resulta da atuação do Judiciário ao definir o valor, a extensão, a eficácia e a exequibilidade das normas legais e constitucionais. Não é a Constituição ou mesmo toda a ordem jurídica positiva que nos dá segurança jurídica, mas sim a aplicação justa da lei. Nesse sentido é que já dizia Carnelutti, citado por Recaséns Siches, que: “*Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes*”<sup>19</sup>.

De fato, é o Judiciário que clarifica o Direito, determina o que é certo, declara e dá certeza e segurança. Por isso, mostram-se bastante atuais as eternas palavras do inigualável Rui Barbosa, para quem a esperança nos juízes é a última esperança da sociedade.

## **6 - Diretrizes para uma interpretação sistemática dos modelos jurídicos**

Dentro da perspectiva integradora da atividade hermenêutica desenvolvida neste trabalho, ganham relevo as reflexões do mestre Miguel Reale acerca das diretrizes de uma interpretação estrutural, cujas notas distintivas ele sistematizou na conferência de homenagem ao septuagésimo aniversário de nascimento de Recaséns Siches.

Tomando por premissa a idéia de que o ordenamento jurídico é uma totalidade orgânica em perene dinamismo e as regras de direito, como todo produto histórico-cultural, encerram um motivo e um sentido consubstanciadores de certa

intencionalidade, salienta absurdo optar entre dois termos que são complementares – o propósito inicial da lei e a sua possível adequação a valores e fatos supervenientes. Da mesma forma, alerta para a necessidade de se reformular a compreensão da experiência normativa, de modo a deixar de entendê-la como estrutura lógico-formal e passar a vivenciá-la em termos retrospectivos de fontes e prospectivos de modelos.

Assim, diante dessa nova compreensão da experiência normativa, é que se operaram radicais mudanças nos domínios da hermenêutica jurídica, abandonando-se os tradicionais métodos e critérios de interpretação – que aprisionavam o aplicador do direito à estrita literalidade da lei –, para se adotarem pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas, que permitam aos operadores do direito ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais complexo.

Nesse contexto, as diretrizes apresentadas pelo festejado mestre, para uma interpretação estrutural da experiência jurídica, consubstanciam um dos mais, senão o mais completo inventário crítico das diferentes contribuições que, a partir daquela mudança de rumos, foram sendo incorporadas à hermenêutica jurídica em geral.

Dada a sua importância, vale a pena transcrevê-las integralmente, para evitar sínteses deformadoras:<sup>20</sup>

- a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (*unidade do processo hermenêutico*);
- toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (*natureza axiológica do ato interpretativo*);
- toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (*natureza integrada do ato interpretativo*);
- nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (*limites objetivos do processo hermenêutico*);
- toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (*natureza histórico-concreta do ato interpretativo*);

- a interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (*natureza racional do ato interpretativo*);
- a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de lógica formal nem se reduzir a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática (*problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico*);
- sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento jurídico, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (*natureza econômica do processo hermenêutico*);
- entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social (*destinação ética do processo interpretativo*);
- compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto de exegese (*globalidade de sentido do processo hermenêutico*).

## Conclusão

O direito, como obra humana, possui um significado, cuja busca depende de um esforço hermenêutico. Sua aplicação se dá mediante a concretização da norma, feita por meio da construção interpretativa que se formula a partir *da* e em direção à compreensão.

É cediço que a norma jurídica constitui-se em um fazer humano, carregado de significação, sentido e valor. Contudo, o direito não é norma geral, que apenas atua como parâmetro e orientação para a conduta, sem imputar qualquer obrigação; o direito é norma individual, que efetivamente obriga. Daí se afirmar que o direito origina-se da prática, não se limitando ao conteúdo do texto da lei. Ao contrário, surge e é construído sob os parâmetros do fato e da lei. Resulta que a existência do direito depende de sua concretização ou aplicação da lei em cada caso concreto.

O direito não é algo que se apresenta indistintamente do sujeito, mas algo que o sujeito histórico vive, de forma a comprometer, inclusive, suas próprias ações.

A hermenêutica jurídica não se resume no estudo das técnicas de interpretação do direito, mas remete-nos à compreensão do próprio ser no mundo, que se encontra envolvido com questões que é chamado a resolver.

A mudança de paradigma da hermenêutica jurídica decorreu do processo de democratização da sociedade. Restou desprestigiada aquela concepção do direito como fruto da vontade do poder, que conduzia à sua aplicação sem qualquer preocupação com aspectos da realidade econômica e social, bem como com os resultados da interpretação, bastando sua conformidade exterior à lei, pouco importando a justiça da decisão adotada. Essa postura conduzia ao empobrecimento do processo hermenêutico e à desvalorização da atividade judicante, pela via do automatismo exegético ou silogístico-dedutivo, resultando em um ceticismo jurídico.

A velha fórmula não propiciava a solução de conflitos cada vez mais complexos de uma sociedade pluralista.

A nova realidade social, política e institucional da pós-modernidade fez nascer um novo sistema jurídico, que exigia, para sua própria eficácia, um novo método de leitura das normas jurídicas, que não se caracterizam por suas dimensões estritamente legais, pois comportam também aspectos sociais e valorativos.

A incorporação da questão dos valores que fundamentam a sociedade na interpretação é característica da hermenêutica contemporânea, que defende o pensar o direito de forma concreta.

Atualmente, entende-se que o direito não pode ser devidamente entendido, explicado e praticado senão dentro da perspectiva global das ciências sociais. O jurista não pode ser um homem de uma ciência só. Há de se esforçar por ampliar uma cultura multidisciplinar.

Ao aplicador da lei, por excelência o juiz, incumbe a missão de individualizar de modo apropriado a lei aos casos concretos. Para bem fazê-lo, deverá abrir-se ao mundo, ao invés de fechar-se no código e no exoterismo lógico-formal. Mister será ter claro que os códigos e os conceitos jurídicos estão no mundo, mas não são o mundo. Uns e outros existem para ordenar adequadamente a vida intersubjetiva, apenas justificando-se na medida em que servem a essa destinação. Não se pode pretender, por isso mesmo, que se sobreponham à vida.

O que se faz necessário é que, abrindo-se ao mundo, possa o juiz apurar sua sensibilidade crítica, mediante a observação e a reflexão do inter-relacionamento humano sob suas múltiplas perspectivas e, assim, exercer sua atividade voltado para as expectativas dos homens concretos, ao invés de, em conformidade com o formalismo lógico-jurídico, olhar exclusivamente o direito positivo em perspectiva fixista.

Ele resolverá a situação de fato, decidindo certo conflito de interesses, ponderando as exigências mais ou menos rigorosas de determinado elemento do bem comum — finalidade da lei —, dando preferência ora ao elemento moral (justiça, solidariedade), ora ao elemento econômico (produção das riquezas), ora ao elemento social (paz, segurança), ora ao elemento técnico (equilíbrio orçamentário, facilidade de circulação), segundo a ordem de primazia de tais valores, em face das circunstâncias ordinárias ou extraordinárias de tempos e de lugares.

O objetivo da moderna hermenêutica é entender a norma no sentido que melhor corresponda à consecução do resultado almejado e, para determinar esta finalidade prática da norma, é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação foi a norma criada. Isto não significa que o intérprete-aplicador deva se afastar do direito positivo, criando um sistema apriorístico de verdades pessoais, o que afetaria gravemente a certeza e segurança jurídica.

Para que isto não ocorra, esta análise mais ampla do intérprete-aplicador não deve se afastar do ordenamento jurídico, abrigando-se em seus princípios e normas fundamentais. Só assim, o Direito terá plena efetividade.

## Notas

<sup>1</sup> Verbete hermenêutica jurídica, Dicionário Jurídico, Forense, Universitária, 1990.

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

<sup>3</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>4</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Celso Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

<sup>6</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I*. 2. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

<sup>7</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

<sup>8</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

<sup>9</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica. *Revista da Esmape*, v.1, n.1, 1996, p. 266-286.

<sup>10</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

- <sup>11</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- <sup>12</sup> RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed., México: Porrúa, 1973.
- <sup>13</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.
- <sup>14</sup> GADAMER, Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- <sup>15</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- <sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 234385/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª Turma. *Diário de Justiça*, 14 ago. 2000. p. 177.
- <sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 234385/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª Turma. *Diário de Justiça*, 25 out. 1999. p. 92.
- <sup>18</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1989.
- <sup>19</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.
- <sup>20</sup> REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

## Resumo

O artigo aborda a relevância da hermenêutica jurídica para que o Direito alcance sua finalidade, comenta sua evolução, destacando a questão da pré-compreensão e da incorporação dos valores que fundamentam a sociedade na interpretação das normas. Aponta o compromisso com a paz social como norte do método analógico de interpretação proposto por Recaséns Siches, conhecido como Lógica do Razoável. Salienta que as novas leituras feitas pelo intérprete podem resultar na criação de novos modelos jurídicos e defende, ao fim, como se proceder para que se preserve a indispensável segurança jurídica.

Palavras-chave: Hermenêutica; Compreensão; Segurança; Interpretação.

## Abstract

The article focuses on the relevance of juridical hermeneutics for Law to accomplish its goals, comments on its evolution highlighting the issue of pre-comprehension and incorporation of values that guide society in interpreting norms. It presents

the commitment with social peace as a guide to the analogic method of interpretation as proposed by Recasens Siches, known as Reasonable Logics. It emphasizes that new interpretations might lead to the creation of new juridical models and proposes ways to preserve the juridical security.

Key words: Hermeneutics; Law assurance; Reasonable logics; Juridical models.

### **Resumen**

El artículo abarca la relevancia de la hermenéutica jurídica para que el Derecho alcance su finalidad, comenta su evolución, subrayando la cuestión de la pre-comprensión y de la incorporación de los valores que fundamentan la sociedad en el proceso de interpretación de las normas. Presenta el compromiso para con la paz social como guía del método analógico de la interpretación del propuesto por Recasens Siches, conocido como Lógica del Razonable. Destaca que las nuevas lecturas hechas por el intérprete pueden resultar en la creación de nuevos modelos jurídicos y defiende, al fin, como se debe proceder para que se preserve la indispensable seguridad jurídica.

Palabras clave: Hermenéutica; Seguridad jurídica; Lógica del razonable; Modelos jurídicos.

**Alessandra de La Vega Miranda**  
*Advogada. Diretora cultural do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional de Direito Penal Militar e Direito Humanitário. Professora Direito Penal e pesquisadora da UPIS. Mestre em Direito Público pela UnB.*

***Dogmática jurídico-penal e controle social: da superação da finalidade tuteladora de bens jurídicos a uma proposta político criminal funcionalista (feindstrafrecht)***

## **Introdução**

O presente artigo visa apresentar ao leitor uma perspectiva de transição paradigmática experimentada pelo direito penal em sua finalidade tuteladora de bens jurídicos, fortemente influenciada, no fim do século XX, pela abertura suscitada pela política-criminal, a partir da leitura da teoria de sistemas de Niklas Luhmann, empreendida por Günther Jakobs.

Para tanto, será apresentada, em um primeiro momento da abordagem, uma síntese sobre a delimitação epistemológica de panoramização da dogmática jurídico-penal, sob a égide tuteladora de bens jurídicos, fortemente impregnada pela tradição welzeniana, de cunho predominantemente formal e abstrato.

Será posteriormente observada a modificação de finalidade proposta, ante um prisma de globalização, que finda por empreender a objetivação de novos modelos estratégicos de controle do crime, com a construção de uma teoria funcionalista, materializada no que será abordado como direito penal dos não-alinhados.

### **1. Breve coletânea do conceito clássico<sup>1</sup> de direito penal<sup>2</sup>**

O debate em torno da transição paradigmática da função tuteladora de bens jurídicos para a finalidade de controle social não poderia prescindir de uma revisão metodológica, por intermédio da identificação dos marcos epistemológicos em que está assentada construção do raciocínio ora exposto.

Por este motivo, mister a demarcação das noções preliminares, tidas como pressupostos lógico-ordenadores da análise, calcados precisamente na definição dos conceitos operacionais relativos à essência do direito penal, à dogmática jurídico-penal, bem como à criminologia e à política criminal.

Dentro do pensamento clássico alemão, desenvolve Von Liszt (1927, p. 01) o conceito de direito penal como o “conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência”.

Welzel (1987, p. 19), traduzido livremente, aponta para “aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança”.

Ordeig (2003, p. 19), no compêndio *Conceito e método da ciência do direito penal*, delinea pilares demarcatórios da cientificidade do direito penal<sup>3</sup> estruturante, inserido numa égide de ordem ou imperativo de exigência à convivência humana, manifestado num “conjunto de normas jurídicas que determina o que é delito e vincula a ele, como consequência jurídica, uma pena ou medida de segurança a ser imposta num processo penal”.

O direito penal<sup>4</sup>, assim entendido como ciência, haure sua formatação a partir da idéia de “parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança” (Prado, 2002, p. 34).

Toledo (1999, p. 01) afirma que o “direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o fator-crime, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança serem aplicadas”.

Uma interessante percepção sobre o direito penal parte de Ferrajoli (2003, p. 167), que o compreende como um conjunto de normas, sendo uma “técnica de definição, individualização e repressão da desviação<sup>5</sup>”.

Parte-se, então, da definição provisória como arcabouço técnico operacional de normas conectivas do fato definido pelo legislador como crime à resposta estatal manifestada na pena. Nesse contexto, não seria errôneo afirmar estar a base de operatividade jurídico-normativa indo-européia, de tradição romano-germânica, fortemente arraigada em premissas lógico-abstratas e formais.

Encontrando na lei um pressuposto lógico de existência de conectivos entre o “ser” e o “dever ser”, a tônica das prescrições legais de junção do fato à norma subjacente que lhe orienta acarreta a incidência do *ius puniendi* estatal, em resposta ao cometimento de um comportamento definido prévia e juridicamente como crime<sup>6</sup>.

## **2. A clássica função tuteladora de bens jurídicos**

Coerente com a sedimentação conceitual do direito penal como dogma estruturante de todo sistema jurídico-repressivo, cumpre postular, no âmbito dessa

lógica de pensamento, a função cometida à dogmática jurídico-penal, por meio da indagação acerca dos fins a que se destina o direito penal.

Para Toledo (1999, p. 13-14), a “tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica, e como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos<sup>7</sup>”.

Bitencourt (1999, p. 34), por seu turno, percebe no direito penal a função reguladora dos indivíduos em sociedade, bem com as relações entre aqueles mesmos, reciprocamente considerados.

Zaffaroni (2002, p. 97-98), inclina-se pelo critério da segurança jurídica, aproximando-a da percepção de defesa social, entendida esta pelo doutrinador argentino como *modus operandi* de prevenção de condutas não desejáveis<sup>8</sup> defesa social esta partilhada igualmente por Fragoso enquanto finalidade do direito penal, como aponta:

*A função básica do Direito Penal é a de defesa social. Ela se realiza através da chamada tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a penal criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução (Fragoso, 1994, p. 04).*

Batista adota uma linha mais abrangente de funções múltiplas cometidas ao direito penal, porquanto afirma que

*a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos (Batista, 1999, p. 111).*

Ferrajoli (2003, p. 169) sintetiza uma problematização complexa de funções cometidas ao direito penal, de cunho predominantemente filosófico, centrado em três questões de fundo, a saber: uma, direcionada para a legitimação genérica do direito de punir; a segunda, relacionada à justificativa das escolhas realizadas pelo legislador como sendo categorias ontológicas de crimes; a terceira, referente à

justificação da formas e dos procedimentos processuais penais vistos quando da individualização da pena.

No que diz respeito a tal complexidade, mister contextualizar a análise das funções do direito penal a partir da temática de subsunção a um panorama de mudança paradigmática suscitada pelo fenômeno da globalização, objeto a seguir enfocado.

### **3. Globalização como apanágio de mudança paradigmática no direito contemporâneo**

O sentido firmado pela construção de tais bases operacionais não poderia quedar engessado ante a paulatina delimitação da autonomia das expoentes ramificações experimentadas pela ciência penal, ao abarcar o nascedouro e o desenvolvimento da criminologia como tronco de conhecimento responsável pela interpretação de uma realidade cambiante, desde as primeiras orientações etiológicas do delito, até a criminologia crítica desenvolvida por Baratta (1999, p. 24-25).

Por essa razão, uma mudança epistemológica e metodológica é necessária, já que o discurso lógico-jurídico não se destina à interpretação das constantes modificações que realidade cambiante impele à política criminal pós-moderna, direcionando a busca de novos mecanismos maximizantes do controle social formal, principalmente em face da propalada assertiva de caducidade e obsolescência de um direito penal interpretado como *prima ratio* na quixotesca luta para o extermínio completo do crime e da criminalidade.

Dentro do enfoque de constante acompanhamento dessa realidade, o direito penal, processual penal, bem como a criminologia e a política criminal não poderiam deixar de acompanhar as constantes modificações acerca da estruturação de estratégias de controle, propaladas principalmente pela irradiação de modelos e mecanismos jurídico-repressivos hegemônicos, mormente ao considerar a realidade brasileira como foco importador de estratégias político-criminais de controle social punitivo.

Santos (2002, p. 26) entende na globalização um “fenómeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo” rechaçando, assim, uma compreensão monolítica do processo. Distingue-o em quatro modos de produção: localismo globalizado, globalismo localizado, globalização da resistência aos localismos globalizados e globalização de resistência aos globalismos localizados<sup>9</sup>.

Desenvolve esse autor uma percepção diversificada, baseada na idéia de uma globalização hegemônica e contra-hegemônica:

No campo das práticas capitalistas globais, a transformação contra-hegemônica consiste na globalização das lutas que tornem possível a

*distribuição democrática da riqueza, ou seja, uma distribuição assente em direitos de cidadania, individuais e coletivos, aplicados transnacionalmente.*

*Finalmente, no campo das práticas sociais e culturais transnacionais, a transformação contra-hegemônica consiste na construção do multiculturalismo emancipatório, ou seja, na construção democrática das regras de reconhecimento recíproco entre identidades e culturas distintas. Este reconhecimento pode resultar em múltiplas formas de partilha – tais como: identidades duais, híbridas, interidentidade – mas todas elas devem orientar-se pela seguinte pauta transidentitária e transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza (Santos, 2002, p. 75).*

Um processo de globalização econômica caracteriza-se pela compreensão do fenômeno à luz de um subsistema financeiro, aliado à existência de maciços investimentos em escala global, por meio da busca por baixo custos operacionais, a exemplo da transnacionalização de mão-de-obra e matéria-prima. Santos (2002, p. 29) aponta, como condição imprescindível, a “revolução de tecnologias de informação e de comunicação”, bem como a “desregulação das economias nacionais” e a “preeminência das agências financeiras multilaterais”.

O esteio dessa realidade dimensiona-se a partir de um prisma neoliberal, caracterizado pela transferência de regulação das relações econômicas para uma política de livre mercado<sup>10</sup> que, segundo Outhwaite & Bottomore (1996, p. 526), é vista como “única democracia genuína”, na qual a intervenção estatal somente ocorre nos setores imprescindíveis, como aponta Santos:

*Em suma, a globalização econômica é sustentada pelo consenso econômico neoliberal cujas três principais inovações institucionais são: **restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações suscetíveis de serem objeto de propriedade intelectual (Robinson,***

*1995: 373); subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como: o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio. Dado o caráter geral desse consenso, as receitas em que ele se traduziu foram aplicadas, ora com extremo rigor (o que designo por modo jaula de ferro), ora com alguma flexibilidade (o modo da jaula de borracha) (Santos, 2002, p. 31) (os grifos não são do texto).*

Para Santos (2001), em *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, o fenômeno passa necessariamente pela relativização da soberania, de acordo com o crivo do posicionamento do Estado em relação à globalização, ao entender que sua participação, ao contrário do que poderia ser imaginado, não diminuiu, mas, antes, continua forte e regulador do mercado, ao construir infra-estruturas e alterar suas regras “num jogo combinado de influências externas e realidades internas” (Santos, 2001, p. 78)<sup>11</sup>.

Aponta Santos a existência de três consensos políticos básicos: o Estado fraco, para estimular a sociedade civil, a democracia liberal e o primado do direito e do sistema judicial, sendo esses dois um elo vinculante da globalização política à econômica. Como resultado, interpreta imanação de ordem, previsibilidade e confiança a partir do “conjunto de instituições independentes e universais que criam expectativas normativamente fundadas e resolvem litígios em função de quadros legais presumivelmente conhecidos de todos” (Santos, 2002, p. 43).

Por esta razão, antes de representar uma proposta emancipatória, na qual o mundo, reunido em torno de uma idéia partilhada de crescimento auto-sustentável, a globalização é dimensionada, no âmbito dos objetivos que o presente trabalho almeja, em uma realidade excludente, em que as promessas do capitalismo não alcançaram as propostas nas quais assentaram seu suporte ideológico e operativo.

Ao contrário de uma propalada “aldeia global”, o fenômeno globalizante surge como resultado da existência de pólos hegemônicos e contra-hegemônicos de poder, presentes nas distintas áreas do conhecimento humano, na qual a bivalência de percepções distintas do fenômeno convida o leitor à confrontação do tema a partir da reflexão.

Resta sobrelevar, dentro das opções dimensionadas, a localização do direito, do sistema penal e do controle social como subsistemas inseridos nessa realidade fenomenológica, pois, contrariamente à lógica kelseniana de neutralidade do direito, este está sobremaneira permeado, no âmbito de um suporte sistêmico, pelos influxos pulsantes do processo multifacetado.

#### 4. Globalização e topografia das ciências penais e estratégias político- criminais de controle do crime

As transformações ao longo da expansão de um capitalismo de livre mercado representam o marco de modificações por meio das quais o Estado liberal veio sendo paulatinamente convertido em instrumento operacional da consecução de objetivos concretos, compatibilizado à tônica de promoção do crescimento econômico operacional que o direito representa como domínio lingüístico, de modo que a centralização do Estado cede espaço à articulação de microestruturas normativas, segundo Bicudo (1998), em *A globalização e as transformações no Direito Penal*.

Como consectário direto, Bicudo sustenta que o fenômeno da globalização econômica é precursor de um pensamento funcionalista no primado intervencionista do direito penal, antagônico à sua função outrora garantista, resultado de uma globalização hegemônica de moldes estadunidenses e japoneses, mormente no que diz respeito à orientação do direito na atribuição de concretude às metas definidas por um modelo programático de multiplicidade de regras e variabilidade de fontes (Bicudo, 1998, p. 98)<sup>12</sup>.

A soberania jurídico-positiva do Estado é, portanto, constantemente questionada, por meio de estruturas e técnicas de descentralização, desinformalização, deslegalização e desconstitucionalização que, segundo Bicudo, estão dispostas a partir das seguintes constatações:

- a) ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual em matéria civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, ensejando o desenvolvimento de procedimentos de arbitragem;
- b) progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo;
- c) reprivatização do direito, com a paulatina substituição da tutela governamental pela livre negociação;
- d) enfraquecimento progressivo do direito do trabalho;
- e) internacionalização dos Estados;
- f) aumento no ritmo de regressão dos direitos sociais e humanos, em face da relativização da soberania dos Estados;
- g) fortalecimento da sociedade civil em face do Estado, ante a deslegalização;
- h) expansão hegemônica dos modelos jurídicos anglo-saxônicos, com base no discurso da eficiência, do pragmatismo e da flexibilidade, em detrimento da garantia do processo e segurança do direito (Bicudo, 1998, p. 100-101)<sup>13</sup>.

O direito penal, assim, findaria por se identificar com as projeções que lhes são esquadrihadas pela com a política criminal, inserido aquele primeiro como subsistema social, em que “o conteúdo das categorias do sistema dogmático deve determinar-se em função do que resulte mais adequado ao sistema social em geral ou a um subsistema social em particular, tal qual o subsistema do direito penal. Funcional, neste sentido, é tudo o que se requer para a manutenção do sistema” (Bicudo, 1998, p. 104).

O questionamento sobre os fins do direito penal pode ser desenvolvido a partir da mudança teleológica de proteção de bens jurídicos<sup>14</sup> para uma missão funcionalista de manutenção do sistema, de acordo com a autora:

*O direito penal, neste contexto, passa a ser instrumento da política criminal vigente, para a qual se faz necessária a proteção jurídico-penal para os hipossuficientes da sociedade. Assim, problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, informática, controle bélico, feminismo são aéreas das quais se encarregará o direito penal. A resposta penal surge como primeira, se não a possível saída para controlar esses problemas (Bicudo, 1998, p. 104-105).*

Em *Globalização e Direito Penal Brasileiro: acomodação ou Indiferença?*, Silva (1998, p. 01) aproxima diretamente a globalização do direito, entendendo o fenômeno como “um processo uniforme no qual os Estados-nação, culturas nacionais e, conseqüentemente, o Direito são transformados pela integração econômica”<sup>15</sup>.

Neste sentido, tende o direito a ser açambarcado pela economia, sendo, por conseqüência, convertido em “simples instrumento de afirmação dos ditames do mercado e dos interesses dos setores produtivo e financeiro” (Silva, 1998, p. 84), despontando a predileção por padrões jurídico-positivos diferentes da tradição romano-germânica.

O direito penal atravessa um momento contraditório, pois, se de um lado a desregulamentação, descodificação e a desestatização acompanham um movimento globalizante, de outro, há um nítido intervencionismo estatal, consubstanciado na ampliação da repressão ao crime, quer seja construindo novos tipos penais, quer incriminando atividades em todos os ramos sociais.

O sistema jurídico-repressivo firmar-se-ia como necessidade premente, dentro da lógica sistêmica de impulso aos postulados de eficiência, pragmatismo e

operatividade, por meio da relativização dos princípios da legalidade e tipicidade, bem como da redução paulatina do sistema de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo (Silva, 1998, p. 85)<sup>16</sup>.

Resulta daí a estruturação jurídico-repressiva em um sistema aberto às necessidades do livre mercado, na medida em que este deflui da lógica neoliberal marcada pelo fluxo de valores e estratégias globalizadas pelos pólos hegemônicos de poder (econômico, cultural ou político).

Sintetiza Silva alguns conseqüências de uma globalização hegemônica experimentados pelo direito penal brasileiro:

- a) promulgação de excessivas leis extravagantes, com a criação de novos tipos penais;
- b) sentenças penais embasadas em jurisprudências estanques da realidade, compartimentadas de forma fechada, preservando e reproduzindo uma atitude dogmática, estimulando a preferência pela súmula vinculante, em uma reprodução do precedente judicial estadunidense;
- c) literatura penal representada pela edição de manuais práticos de direito penal, sem inovações substanciais, fulcrados nos ensinamentos meramente dogmáticos nos moldes do pensamento clássico da Escola Positiva;
- d) privatização do direito penal, por meio da adoção de parâmetros e institutos processualísticos civis, com o desvio de perspectiva de utilização do princípio da oportunidade;
- e) aumento da segurança privada;
- f) flexibilização ou relativização de garantias no campo penal;
- g) edição de leis mais severas e gravosas, resquícios do Movimento da Lei e da Ordem, que dramatiza a violência e incute a sensação de insegurança e impunidade na opinião pública;
- h) reforma judicial e ensino jurídico calcados no dogmatismo acrítico e descompassado com a realidade, de modo a não propiciar a multidisciplinariedade e o humanismo (Silva, 1998, p. 93).

Zaffaroni (2000) entende, no fenômeno globalizante, um processo irreversível de implementação de um poder planetário, revestido não somente de um novo eixo, mas também de uma ideologia legitimante, centrada principalmente em um paradigma centro-periferia, como aponta em *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*.

Segundo o autor, podem ser sintetizadas as características desse novo poder planetário:

- a) existência de uma revolução tecnológica, de natureza comunicacional;
- b) redução do poder regulador econômico, favorecendo, assim, um mercado internacional;
- c) concentração de capital, com a predominância do capital financeiro;
- d) predileção pelo custo zero, bem como pela redução de custos, por meio do corte de pessoal e da busca por menor tributação;
- e) competitividade do poder político dos Estados pela atração dos capitais, principalmente em países periféricos;
- f) uso do salário, do emprego e da tributação como variáveis de ajuste, provocando desemprego e deterioração salarial;
- g) perda da capacidade de mediação do Estado entre o capital e o trabalho;
- h) carência de poder, por parte dos sindicatos, para o exercício de contestação;
- i) limites mais vaporosos entre o ilícito e o lícito, ante à especulação financeira e sua ética;
- j) reconhecimento irrestrito de todos os paraísos fiscais, sem que nada seja feito para obstaculizá-los;
- k) inversão do sistema tributário, para compensar a menor tributação do capital com a maior taxa de consumo;
- l) conseqüente reflexo desse fenômeno de poder direcionado à amplitude de uma relação excluído-incluído (Zaffaroni, 2000, p. 142-143).

Zaffaroni aponta para o predomínio do poder econômico planetarizado em detrimento do poder político nacional, sob a égide de uma globalização valorativa, na qual inexistente efetivamente uma sociedade global, tampouco organizações internacionais fortes, ou um Estado global.

Sintetiza sua crítica à compreensão do mundo-circundante enquanto um grande sistema social autopoietico, ao asseverar:

*El mundo parece sin timón: cada personaje, por poderoso que se crea o manifieste serlo, aparece con un microchip descartable en un enorme ingenio electrónico: no puede dejar de hacer lo que hace, so pena de inmediato reemplazo. Los teóricos del sistema lo celebran con el nombre de autopoiesis, en función de la cual de nada sirve hacer discursos advirtiéndolo sobre los riesgos de cataclismos sociales, de crisis total del sistema financiero o de recalentamiento planetario, frente a un montón de microchips insertados en el ingenio o en oferta al mismo a un buen número de personas que sonríen frente a los espejos<sup>17</sup> (Zaffaroni, 2000, p. 145).*

Zaffaroni entende estar superada pela globalização o antigo paradigma etiológico simplista, uma vez que a complexidade causal ante ao panorama globalizante é emaranhada pela interconexão de fatos e circunstâncias.

O direito penal está, segundo o autor, prejudicado quanto à identificação causal, seja no âmbito da expressão de racionalidade kantiana ou hegeliana, como também no pensamento sistêmico, convertido em uma lógica de custos e benefícios da conduta humana refletida:

*Cuando se confunde el deber ser com el ser, el idealismo racionalista se desvirtúa al grado de irracionalismo radical, pues no hay peor irracionalismo que dar por hecho la racionalidad humana, com su conseguinte desbaratamiento de cualquier estímulo para luchar por ella, toda vez que no se lucha por alcanzar um hecho natural<sup>18</sup> (Zaffaroni, 2000, p. 147-148).*

O direito penal e as instâncias formais de controle social estão legitimados, dentro desse contexto, a resolver todos os problemas e casos que venham a engrossar suas fileiras, motivando aquilo que Zaffaroni (2000, p. 157) entende como um “sistema cerrado e robótico” do direito penal.

Caracterizada por mensagens virtuais de espetáculo legiferante, essa percepção poderia acarretar o aviltamento do sistema de garantias individuais, sob a escusa de atribuir funcionalidade à mitigação dos direitos processuais, em termos de resultado no controle da criminalidade. Esse modelo teórico ao qual a doutrina atribui o manto de racionalidade passaria a representar, assim, um parâmetro inspirador de gerações futuras, que irão reproduzir essa operatividade mecânica.

Tais considerações são pertinentes à análise da mudança paradigmática da função de tutela de bens jurídicos para uma finalidade de controle social punitivo, de natureza funcionalista, a partir do denominado direito penal dos não-alinhados, a seguir desenvolvido.

## **5. Teoria autopoietica de Maturana e Varela: o organismo social auto-sustentável e a proposta de Luhmann**

Tomando por pressuposto a constituição do direito penal enquanto elaboração técnico-jurídica da dogmática jurídico-penal, centra-se o paradigma científico na promessa funcional de elaboração e interpretação das normas, cuja função precípua é o desenvolvimento de um sistema de valores conceitos integrados,

garantindo a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e aplicando-as de maneira igualitária e segura (Andrade, 1997, p. 26).

A dogmática penal, dentro desta esfera, estaria relacionada ao conteúdo operacional de comunicação dentro do sistema, caracterizado como programador das atividades e *link* entre as demais instâncias componentes da estrutura, ou, a teor do que esposa Andrade:

*O Direito Penal é assim uma enunciação normativa cujo sentido, alcance e finalidades são por ela decodificados ao assumir, perante a linguagem da normatividade penal, não apenas o estatuto de uma metalinguagem, mas igualmente o estatuto de uma metaprogramação, tida por científica, para uma prática racional e segura do Direito Penal (Andrade, 1997, p. 126).*

Na obra *¿De cuál derecho y de qué control social se habla?*, Bergalli assevera:

*“La disciplina que lleva a cabo esta labor, como se ha dicho arriba – la dogmática -, há configurado una técnica muy depurada mediante la cual, aplicando unas categorías creadas a tal fin, se há llegado a elaborar unos espacios interpretativos que han outorgado a la aplicación de esse derecho penal unos márgenes más modulados que los que establece la expresión positiva de la ley”<sup>19</sup> (Beragalli, 1998, p. 27).*

Relacionando, assim, a função estabilizadora da dogmática jurídico-penal como veículo de controle social, não seria inoportuno desenvolver os pilares de sustentação da teoria sistêmica autopoietica, principal foco de estruturação da mudança de finalidade cometida ao direito penal, por via de sua destinação político-criminal.

Na obra *A árvore do conhecimento* (Maturana & Varela, 2001), Romesín e García<sup>20</sup> propuseram um modelo de estruturação dos seres vivos com base em uma idéia de organização enclausurada<sup>21</sup>, que produz e reproduz seus elementos de manutenção, mormente considerando a superveniência de fatos imprevisíveis ao funcionamento orgânico do ser.

A tônica da autopoiese (*autós*: por si só + *poiesis*: produção) está centrada na capacidade de um sistema voltar para si mesmo, na medida em que é necessário municiar a célula de condições de sobrevivência, ante as vicissitudes do meio ambiente em que está inserido o organismo. O sistema enclausurado, ao produzir

matéria-prima, cria material próprio de sustentação e perpetuação de vida, não estando, pois, em total dependência em relação ao meio.

Segundo Romesín e García, “os seres vivos se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios” (Maturana & Varela, 2001, p. 52), de maneira que a característica principal de uma estrutura desta natureza é sua definição de acordo com uma dinâmica particularizada de um organismo.

De acordo com o modelo dessa fenomenologia biológica, as sociedades humanas podem ser entendidas a partir de uma percepção sistêmica, interpretadas pelos autores como metassistemas dotados de autonomia máxima, caracterizados, outrossim, pela dinâmica operacional da clausura, cujo ponto central de articulação está relacionado ao domínio lingüístico gerado pelos componentes, a partir da adaptabilidade de seus elementos orgânicos – indivíduos:

*Dessa maneira, assim como a existência de um organismo requer a estabilidade operacional de seus componentes, a existência de um sistema social humano exige a sua plasticidade operacional (comportamental). Os organismos requerem um acoplamento estrutural não-lingüístico entre seus componentes; que devem ser acoplados estruturalmente dentro de seus domínios, conforme exigência dos sistemas sociais, nos quais eles (os componentes) possam operar com a linguagem e ser observadores. Em consequência disso, para o funcionamento de um organismo, o ponto central é ele próprio – e disso resulta não só a restrição das propriedades de seus componentes, que geram a glotologia, que é o ponto central para a operação de um sistema social humano, como também a ampliação de suas propriedades. Essa condição é necessária para a realização da linguagem e em que constitui sua existência. Enquanto o organismo restringe a criatividade individual das unidades que o integram, pois estas existem para ele; o sistema social humano amplia-a, pois é sua condição primordial de existência (Maturana & Varela, 2001, p. 220-221)<sup>22</sup>.*

Daí a dinamicidade de preservação do padrão celular, pois o organismo interage com o meio, por meio de leituras do *habitat*, extraindo as informações necessárias para realizar o intercâmbio de energia e material com o exterior, o que, no caso de sociedades humanas, está centrado na configuração de domínios lingüísticos<sup>23</sup>.

O dinamismo da autopoiese mereceu considerações por parte de Capra, que associou o termo à noção de autogeração celular - parâmetro definidor de vida - a partir da limitação física e da rede metabólica do organismo como sistema fechado em sua organização, porém aberto em termos materiais e energéticos, sendo, por conseguinte, um divisor de águas entre sistemas vivos e não-vivos:

Um sistema autopoietico, dessa feita, poderia ser mais bem compreendido à luz da avaliação dos processos integrados de produção de material celular e perpetuação das funções da célula, que, segundo Capra (2002, p. 48), está em estado de constante equilíbrio e enclausura, trocando, permanentemente, com o meio, fluxo de material e energia, de modo a desenvolver suas potencialidades.

Como condição necessária, está reconhecida a capacitação da célula em empreender mecanismos intelectivos de codificação das informações trocadas, em uma disposição conjugada entre o processo de cognição e a atividade de perpetuação da vida. Daí a inevitabilidade de possíveis alterações no comportamento da célula no futuro, uma vez que as trocas com o meio, como parte de um mesmo processo autoprodutivo, acarretam transformações ao redor do próprio organismo, em um esforço de aprendizagem realizado pela célula, como Capra expõe:

À medida que o organismo vivo responde às influências ambientais com

*mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alteram o seu comportamento futuro. Em outras palavras, o sistema que liga o ambiente através de um vínculo estrutural é um sistema que aprende. A ocorrência de mudanças estruturais contínuas provocadas pelo contato com o ambiente – seguidas de uma adaptação, um aprendizado e um desenvolvimento também contínuos – é umas das características fundamentais de todos os seres vivos. Em virtude da acoplagem estrutural, podemos qualificar de inteligente o comportamento de um animal, mas jamais aplicaríamos esse termo ao comportamento de uma rocha (Capra, 2002, p. 51).*

Mais à frente, o autor sintetiza sua visão sobre o debate atinente ao tema liberdade e determinismo em nível sistêmico, a partir desta percepção autopoietica:

*No nível humano, essa autodeterminação reflete-se em nossa consciência como a liberdade de agir acontece de acordo com as nossas convicções e decisões. O fato de elas serem consideradas “nossas” significa que são determinadas pela nossa natureza, no con-*

*texto no qual incluem-se nossas experiências passadas e nossa hereditariedade. Na mesma medida em que não somos constrangidos pelas relações de poder humanas, nosso comportamento é determinado por nós mesmos e é, portanto, livre (Capra, 2002, p. 97).*

Como consectário de tal raciocínio, dificultoso realizar determinações prévias do comportamento de um sistema vivo, de acordo com a lógica determinista causal, uma vez que o organismo, ao perceber as condições ao seu redor, pode captar informações, funcionalmente decidir e estruturalmente aceitar quais as transformações tidas como necessárias à manutenção de suas funções, de modo a desencadear mudanças significativas em seu meio.

No âmbito de uma teoria sistêmica aplicada às ciências sociais, a obra de Parsons (1974, p. 16) evidencia a análise do determinado “sistema geral de ação”, constituído por quatro subsistemas conjugados em uma atividade de funcionalidade e coordenação. Para o autor, uma teoria geral compreende a percepção da estrutura genérica, interpretada a partir de subestruturas concretizadas em sistemas sociais, culturais, de personalidade e de organismos comportamentais que, acrescidos ao subsistema ambiental, formam uma compreensão global para a análise de fenômenos integrados em nível interno e externo<sup>24</sup>.

Desta feita, qualquer sistema genérico pressupõe a integração de subsistemas com seus próprios campos, articulando-se, outrossim, com os demais componentes de uma realidade complexa, a exemplo das relações sociais encetadas no plano subsistêmico social, ou, ainda, das produções simbólicas e lingüísticas perpetradas pelos sistemas culturais, manifestados, *lato sensu*, nos diversos códigos de valores, normas e linguagem – em que se haure, por exemplo, a codificação jurídico-positiva.

Para o autor em questão, os sistemas sociais são fundamentalmente firmados por estados e processos de interação social entre unidades de ação (valor, norma, coletividades, papéis, dentre outros), coexistentes em toda e qualquer coletividade organizada.

Os valores, neste diapasão, são responsáveis pela manutenção de um padrão, a partir de tipos e condutas entendidas como repartidas e desejáveis em termos sociais, garantidas e asseguradas por normas, elementos-chave de integração do sistema, na medida em que apontam modos específicos da orientação de coletividades na consecução de objetivos, diferenciados de acordo com o *status* dos participantes<sup>25</sup>.

É a sociedade, pois, um primeiro “tipo de sistema social caracterizado pelo nível mais elevado de auto-suficiência com relação a seu ambiente, onde se incluem outros sistemas sociais” (Parsons, 1974, p. 19), em constante troca com o meio,

possibilitando, assim, uma auto-suficiência adaptativa, assegurada por esta concomitância de papéis atribuídos aos distintos subsistemas.

Dentro desta ótica, está o Estado legitimado como pólo aglutinador do monopólio da dicção jurídico-positiva, extraíndo a *ratio essendi* do mesmo como elemento componente de um subsistema político, na medida em que representa um salto qualitativo na consolidação sistêmica imediatamente superposta à noção de sociedade, *prius* em relação à organização estatal.

Deflui como instrumento coercitivo o subsistema normativo representado pelo direito, assecuratório da administração de relações intersubjetivas e sociais, para impelir a coesão necessária a uma convivência hipoteticamente harmônica entre membros historicamente definidos em sociedades.

Extraída está, deste modo, a autonomia do direito como subsistema irradiador de mecanismos de regulação, atuantes ante a falência dos processos de socialização, a fim de restaurar e manter a organicidade e funcionalidade do sistema<sup>26</sup>.

Outra reflexão importante advém de Morin (1998, p. 78), que percebe na expressão “sistema” uma unidade complexa, materializada na combinação de elementos diferentes, que estão em interdependência ou até mesmo em interação, identificados, assim, como um fenômeno global uno de coordenação, no qual é admitida coerência interna, mesmo ante a existência de antagonismos.

Propalando o conceito de auto-eco-organização, o autor acima sustenta a existência de um sistema aberto e suscetível à incessante e renovadora capacidade de reorganização, para que o estado entrópico possa encontrar guarida para a realização de trabalho hábil para sustentar o funcionamento da estrutura de manutenção, na qual o equilíbrio denuncia o fim da vida do sistema<sup>27</sup>.

Nos idos dos anos 80, o sociólogo alemão Niklas Luhman realiza a transposição desta perspectiva para as ciências sociais, principalmente a partir da obra *The Autopoiesis of Social Systems* (1980), na qual aborda a autonomia entre subsistemas componentes de uma estrutura complexual integrada, sob a égide da auto-referência e da comunicabilidade entre estas subestruturas.

Para o referido autor, a mola propulsora da idéia organizacional autopoietica no sistema social está relacionada à comunicação – domínio lingüístico<sup>28</sup> – responsável por gerar pensamentos e significados que estarão continuamente dispostos dentro da estrutura, produzindo e reproduzindo o sistema de crenças e valores dispostos em uma zona limítrofe de lealdade que os seres guardam em face dos códigos criados e desenvolvidos na teia.

## 6. *Topoi* ocupado pelo direito e o direito penal do inimigo

O direito, nesta ótica, pode ser considerado um subsistema autônomo, decodificador da linguagem dos demais – sociais, políticos, econômicos, culturais *lato sensu* –, erigindo, desta feita, a percepção de enclausuramento organizatório, relacionada à auto-referência que este âmbito do conhecimento traz para seu campo de abrangência, ao operar conforme seu próprio código ordenatório, concomitante, contudo, com os demais subsistemas componentes da sociedade<sup>29</sup>.

Daí a distinção feita por Andrade (1997, p. 26) acerca da topografia do direito penal como “elaboração técnico-jurídica” da dogmática jurídico-penal, caracterizada numa promessa funcional de elaboração, bem como na interpretação das normas e defluentes, cuja função precípua é o desenvolvimento de um sistema de valores conceitos integrados, garantindo a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e aplicando-as de maneira igualitária e segura.

Pode, assim, ser delineada uma interpretação para a funcionalidade da dogmática jurídico-penal e do direito penal como código a ocupar um *topos* no interior do sistema jurídico, que conecta, segundo Luhmann (1980, p. 20-21), um mecanismo programático, o “dever-ser” à sua operacionalização, o “ser”.

A dogmática penal, dentro desta esfera, está relacionada ao conteúdo operacional de comunicação dentro do sistema, caracterizado como programador das atividades e *link* entre as demais instâncias componentes da estrutura social.

Outro problema a ser abordado no âmbito de estruturação do direito penal como linguagem cognitiva estruturante pode ser situado em termos de interpretação do mesmo enquanto opção política a ser desenvolvida por grupos que se estabelecem no poder.

Daí a lógica operacional do discurso jurídico-positivo ser apreciada como estratégia firmada a partir da codificação que lhe dá esteio a produção legislativa, catalogando condutas como criminosas (criminalização primária) e criando ontologicamente a percepção do ente juridicamente definido como crime.

Assim sendo, delimitados subsistemas coexistentes e integrados em um sistema social amplo, pode ser esquadrihado o eixo de operatividade atribuído ao Estado no espaço de abrangência de sua atuação conjugada ante os demais subsistemas sociais componentes. Essa função estatal seria dimensionada por intermédio do direito, exercitando o monopólio jurídico-cognitivo de onde flui mais especificamente o direito penal em sua autonomia metodológica como instrumento formal de controle social punitivo, resultando o desenvolvimento da teoria funcionalista do direito penal.

A teoria do funcionalismo jurídico-penal esposada por Günther Jakobs estaria centralizada na mutação epistemológica suscitada pelo fenômeno globalização, nos pilares anteriormente desenvolvidos - progressiva anonimidade dos contatos sociais; problemas emergenciais da uniformidade de massas; predomínio do sistema econômico; incremento do risco - e na hegemonia de um processo de internacionalização (2003, p. 30-31).

Em uma sociedade de massas, não haveria espaço para a percepção integrada de individualidade, mas, antes, para a visualização dos papéis desempenhados pelos indivíduos, quanto ao dever de compromisso com uma ordem caracterizada aprioristicamente pela fidelidade ao código operacional representado pelo direito penal. Segundo Jakobs:

*O grau de fidelidade ao direito não é determinado segundo o estado psíquico do sujeito, mas é estabelecido como parâmetro objetivo por meio de uma pretensão dirigida a cada cidadão. Mas, exatamente, em razão desta pretensão se trata de um cidadão, uma pessoa, e não de um indivíduo sem amarras. Quem é culpável não satisfaz a medida aplicável aos cidadãos, é dizer, tem um déficit de fidelidade ao direito (2003, p. 38).*

Ante essa assertiva de identificação funcional de missões cometidas aos membros do grupo, a finalidade do direito penal necessariamente estaria voltada para a garantia de manutenção do código comunicacional, por meio da observância da norma contida no preceito legal. Daí necessariamente advir, segundo Jakobs, a destinação reativa do direito em face de um reconhecido adversário, qual seja, aquele que não observa a destinação de seu papel em coletividade, e, insistindo, ameaça a coesão interna.

As particularidades do denominado direito penal de oposição, ou, ainda, direito penal do inimigo, poderiam ser elencadas, segundo o doutrinador alemão:

- a) ampla progressão dos limites da punibilidade, com a mudança do ato praticado para a potencialidade do risco permitido, a exemplo da criminalidade de colarinho branco;*
- b) falta de uma redução da pena proporcional a essa progressão;*
- c) passagem para uma lógica de combate à criminalidade de massas (colarinho branco, tráfico de drogas, crime organizado);*
- d) supressão das garantias processuais, em face da premente necessidade de contenção da criminalidade especializada;*

e) *destinação da linguagem comunicacional apenas para os não-alinhados, com a finalidade de produzir uma segurança cognitiva do comportamento humano* (2003, p. 56-57).

Neste sentido, o primeiro ajuste interpretativo sobre a proposta funcionalista de Jakobs é a especificidade quanto aos crimes identificados como preponderantes em um panorama de globalização. O rol acima descrito bem ilustra a realidade de anônimia nos contatos pessoais, em que se sobreleva a necessidade de substituir a individualização da conduta – eixo central da teoria finalista – para a punição pelo estabelecimento do chamado risco proibido, marcado pela exacerbação da conduta tida como ponderável em termos de cumprimento do papel individual.

O não-alinhado é um indivíduo que abandonou o direito<sup>30</sup>, de maneira não meramente incidental, atacando imediatamente o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e manifestando sua infidelidade ao direito por meio da conduta, atingindo ou colocando em risco, mediamente, a segurança dos bens jurídicos.

A teoria funcionalista de Jakobs finda por produzir um fenômeno atual, qual seja, a concomitância de expressões normativas, ora flexíveis, ora recrudescedoras, em uma mesma realidade.

É esse, aliás, entendimento de Jesús–María Silva Sánchez em *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* (2002), ao desenvolver o conceito de direito penal de duas velocidades, caracterizado pela coexistência entre um modelo de direito penal “amplo e flexível” (p. 145), ao lado de um direito penal mínimo e rígido, reconhecendo, outrossim, um espaço de ampliação do direito penal, que, ao seu juízo, resultaria em um outro fenômeno, a saber, a supressão progressiva do primado garantista do direito penal, para a adoção de uma proposta funcional de neutralização do inimigo.

Para Sánchez (2002, p. 148), é consectário do direito penal de terceira velocidade a concorrência “ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”, com o paulatino abandono da segurança mínima do critério cognitivo, no âmbito da identificação e delimitação das condutas tidas como criminosas. É o que aponta:

*Mas, vejamos, se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e a ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria mais plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas. A transição do “cidadão” ao “inimi-*

*go” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência profissional e, finalmente, a integração em organização delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz (Sánchez, 2002, p. 149-150).*

Em termos de fundamentação do presente estudo torna-se importante apontar o questionamento do que significa buscar o conteúdo de “combate à criminalidade de massas”, uma vez que, diante de toda a articulação anteriormente exposta, poder-se-ia enveredar pela indagação acerca da adequação dessa expressão a um postulado de formatação político-criminal de estruturação de um direito penal do inimigo.

Ante as premissas desenvolvidas no decorrer do presente trabalho sobre as finalidades político-criminais de controle social punitivo, pontua-se a discussão sobre a destinação ético-valorativa do funcionalismo, no âmbito de orientação da linguagem operacional utilizada no âmbito da dogmática jurídico-penal.

Esse é, por certo, o maior questionamento constantemente efetuado em face da teoria funcionalista de Jakobs, na medida em que a opção político-criminal adotada como suporte teórico para exercício de controle social punitivo estaria direcionada à salvaguarda do ordenamento jurídico, da fidelidade ao direito e do estabelecimento de coesão de papéis, em detrimento da garantia de tutela dos indivíduos. A opção por essa estratégia político-criminal poderia, assim, afrontar o mecanismo processual penal assecuratório dos direitos e das garantias fundamentais.

O cotejo analítico das teorias ora desenvolvidas será fecundo em um segundo plano de abordagem, por meio da revisão teórica dos pressupostos em que está assentada a racionalidade jurídico-positiva penal, em contraposição aos fundamentos estruturantes do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, sob pena de quedar superficial o estudo efetivo da modificação estrutural da dogmática jurídico-repressiva, ao longo dos 30 últimos anos de modernidade.

## Notas

<sup>1</sup> A assertiva em torno da delimitação de um direito penal clássico considera precipuamente a articulação do pensamento jurídico fortemente influenciada pelos postulados iluministas do século XVIII, que irradiaram as bases da racionalidade do direito como arcabouço normativo. Por essa razão, entende-se por clássico o direito penal calcado na demarcação lógico-abstrata

até a metade do século XX, quando, então, define-se como sedimentada a mudança paradigmática ora avaliada.

<sup>2</sup> A discussão sobre a precisão terminológica circundante à grafia “Direito Penal” ou “direito penal” é por demais aprofundado para que possa se exaurir na justificativa das razões que incentivam o registro com letra minúscula, uma vez que atinente ao enfrentamento do Direito no âmbito de sua legitimação como ciência. Por ora, a predileção pelo termo declinado, que trará ao leitor, no decorrer do debate, a resposta à tal indagação, não se tratando, assim, de equívoco gráfico, mas, antes, de cuidadosa coerência com o postulado de questionamento sobre a *ratio essendi* do direito penal, mormente inserido num panorama de profundas transformações como é a pós-modernidade.

<sup>3</sup> Para fins didáticos, é tida como pressuposto a cientificidade da dogmática do direito penal, definida em termos de objetividade mutante. Daí a advertência para observar o direito a partir da multiplicidade de enfoques críticos, numa verdadeira construção de “supra-subjetividade”, na qual a opinião, o argumento e o debate seriam o verdadeiro sentido para se trabalhar a cientificidade do direito.

<sup>4</sup> Direito Penal, e não Direito Criminal, uma vez que tal terminologia é comumente mais disseminada na academia, inobstante a predileção pelo verbete “direito criminal”, por encerrar em si uma realidade fenomenológica apriorística da pena, qual seja, a delimitação do ente jurídico “crime”.

<sup>5</sup> Fecundo o debate, mais uma vez, em torno da cientificidade do direito penal, uma vez que Ferrajoli prefere compreendê-lo como técnica, a percebê-lo como sistema concatenado de estruturação científica. Essa parece ser a noção mais coerente com o *status* ocupado pelo direito penal, a ser enunciado mais a frente, quando da mudança paradigmática, razão pela qual se opta, assim, pela grafia com letra minúscula.

<sup>6</sup> Não seria despidendo afirmar, neste ponto de delimitação epistemológica, o recorte nitidamente contratualista de que se reveste a legitimidade do *ius imperii* estatal, manifestado no monopólio do direito de punir – *ius puniendi* – como forma de aglutinação do exercício da denominada “vingança pública”, em substituição à vingança privada encampada pelo particular ante a ofensa tida como expurgável. Nesta seara de pensamento, Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão* (2003, p. 29).

<sup>7</sup> O mesmo autor define bem jurídico a partir da noção de valor ético-social selecionado pelo direito, no intuito de assegurar paz social, de modo a revestir tal bem, relevante, de um manto de tutela, para que não sejam ameaçados ou efetivamente lesionados (Toledo, 1999, p. 16).

<sup>8</sup> Para Zaffaroni (2002, p. 98), pois, o “direito penal participa da aspiração ética geral de toda a ordem jurídica e nos revela que o direito penal, à medida que vai se aproximando de sua meta asseguradora, cumpre também função formadora do cidadão, da qual nossa civilização é consciente desde a Grécia antiga”. Sem embargo à percepção etnocêntrica de que se reveste tal assertiva, introduz Zaffaroni a tônica de construção de um modelo de cidadania como uma finalidade a ser atingida pelo direito penal.

<sup>9</sup> O localismo globalizado está relacionado à irradiação de um fenômeno local, pelo reconhecimento de uma vitória, por parte do pólo imanente, no que tange à dicção de termos da integração, competição e da inclusão. Segundo Santos (2002, p. 65, é o que acontece, por exemplo, com a irradiação da língua inglesa ou da proliferação do *fast food*). O globalismo localizado, segundo o autor, “consiste no impacto específico nas condições locais produzido pelas práticas e impera-

tivos transnacionais que decorrem dos localismos globalizados” (Santos, 2002, p. 66), incluindo, por exemplo, a eliminação do comércio de proximidade, bem como a criação de enclaves de comércio livre ou zonas francas, ou, ainda, a conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação como parte de um reputado ajustamento estrutural. A globalização de resistência aos localismos globalizados, denominada por Santos (2002, p. 69) de cosmopolitismo, consiste numa contra-reação organizada por grupos, classes, Estados ou regiões vitimizados pela desigualdade fomentada nos dois primeiros tipos de globalização, materializados, por exemplo, nos trabalhos de organizações não-governamentais, redes de movimentos indígenas etc. (2002, p. 69). Por fim, outra resistência, as lutas transnacionais de proteção de recursos, em uma amplitude mundializada, como apanágio do “patrimônio comum da humanidade” (Santos, 2002, p. 70).

<sup>10</sup>Como percepção mais visível do fenômeno, pode ser evidenciada a estratégia de redução de custos salariais, bem como a montagem e articulação de empresas em locais que ofereçam incentivos fiscais.

<sup>11</sup>Posteriormente, será apontada a atuação bicéfala do Estado, ora interventor, ora não-interventor, circunstância relevante, na medida em que pode propiciar a multiplicidade de percepções acerca do fenômeno em tela.

<sup>12</sup> A autora defende a falência do Estado em regular a sociedade e a economia por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, de modo a perder o controle diante da incessante reprodução desses sistemas que ditam suas próprias regras, dificultando a unicidade de concepções do ideal de justiça. Nesse particular, há de ser avaliado o que vem a ser um ideal de justiça, principalmente em relação ao que já ficou definido outrora em termos de seletividade de alcance da justiça penal (Bicudo, 1998, p. 100-101).

<sup>13</sup>Interessante apontar que a expressão “segurança do direito” deriva do pensamento colacionado pela autora, sendo um termo superável, para fins do presente trabalho, pelas razões outrora delineadas, relacionadas ao monopólio jurídico-positivo como código linguístico operativo de um controle social.

<sup>14</sup>Importante frisar o antagonismo ante a função de tutela de bens jurídicos cometida pelo direito, uma vez que a primazia ora esboçada entende no direito penal a instrumentalização do controle social, como esboçado em linhas anteriores.

<sup>15</sup> Silva (1998, p. 82) compreende a globalização sob a perspectiva de duas vertentes: a globalização denominada hegemônica, com a “intensificação de relações sociais fronteiriças (*crossborder*) promovidas por grupos ou instituições sociais predominantes para incrementar seus interesses”, em contraponto à globalização contra-hegemônica, que signfica “as relações sociais transfronteiriças efetuadas por grupos sociais ou instituições subordinados para incrementar seus interesses, freqüentemente para contrabalançar os efeitos nocivos da globalização hegemônica sobre eles”.

<sup>16</sup> Para o autor, toda e qualquer reforma no sistema jurídico de cultura formalista na América Latina que venha a adaptar os ordenamentos jurídicos aos auspícios democráticos dos cidadãos, é decorrência da globalização contra-hegemônica, em resposta à onda de transformações dos ordenamentos em função da globalização hegemônica (Silva, 1998, p. 85.)

<sup>17</sup> Tradução livre: “O mundo parece sem timão: cada personagem, por mais poderoso que se creia ou manifeste sê-lo, aparece como um microchip descartável em uma enorme engenhoca eletrônica: não pode deixar de fazer o que faz, sob pena de imediata substituição. Os teóricos do sistema o celebram com o nome de autopoiese, em função da qual de nada serve fazer discursos

advertindo sobre os riscos de cataclismos sociais, de crise total do sistema financeiro ou de reaquecimento planetário, frente a um montão de microchips inseridos no engenho ou na oferta do mesmo e a um bom número de pessoas que sorriem em frente aos espelhos.”

<sup>18</sup> Tradução livre: “Quando se confunde o dever ser com o ser, o idealismo racionalista se desvirtua em função do irracionalismo radical, pois não há pior irracionalismo do que dar por feita (acabada) a racionalidade humana, com seu conseguinte aniquilamento de qualquer estímulo para lutar pela mesma, toda vez que não se batalha para alcançar um feito natural”.

<sup>19</sup> Em uma tradução livre: “A disciplina que leva a cabo esta tarefa, como dito acima, a dogmática – configura uma técnica muito apurada mediante a qual, aplicando umas regras criadas para este fim, se há chegado a elaborar uns espaços interpretativos que outorgam à aplicação desse direito penal margens mais modulados do que aqueles que estabelece a expressão positiva da lei”.

<sup>20</sup> Romesín e García são mais comumente conhecidos, respectivamente, como Maturana e Varela. Porém, tendo em vista a coerência com as regras de metodologia, foram utilizados os nomes, vulgarmente conhecidos como sobrenomes.

<sup>21</sup> Por clausura operacional entendem Romesín e García ser a totalidade de processos dinâmicos ligados em uma rede, de modo que os efeitos aos mesmos relacionados não saem do âmbito da estrutura do organismo (Maturana & Varela, 2001, p. 1001).

<sup>22</sup> Romesín aponta, em outro momento de seu pensamento, não serem os sistemas sociais entidades autopoieticas de primeira ordem, antagonizando o pensamento de Luhmann, ao afirmar que os seres em si, e não as comunicações, são os fenômenos relacionais a derivarem a noção de vida (Romesín & García, 1997, p. 20). Por outro lado, a idéia de autopoiese utilizada como metonímia é admissível por Varela nesta mesma obra, ponto-chave para uma correlação à sua utilização em sede de ciências sociais (Romesín & García, 1997, p. 52-53).

<sup>23</sup> O fenômeno do conhecimento pode ser apreciado em termos de autoconhecimento do observador, uma vez que ação e conhecimento são entendidos em um mesmo paradigma. Os seres vivos constituem unidades autopoieticas de organização, sendo consignadas por unidades de primeira ordem, na medida em que produzem e reproduzem seu material, trocando energia com o meio. Assim, todo e qualquer fenômeno histórico pode ser interpretado dentro de um binômio de conservação do organismo e variação de suas respostas, mecanismos estes reproduzidos e transmitidos para gerações futuras, em uma estruturação que antagoniza ao mero determinismo e à mera previsibilidade inexorável dos acontecimentos. As perturbações que a unidade provoca no meio ambiente são responsáveis pela variabilidade na ontogenia do organismo como sistema de segunda ordem, caracterizado pela clausura operacional. Em uma escala de complexidade de estruturação do organismo os diversos processos de interações, adaptação e ontogenia são apreendidos em uma outra escala, em âmbito de sistema nervoso, responsável pela representação fenomenológica, a apreender os atos cognitivos, ampliando o domínio de interações em nível estrutural, para oferecer a plasticidade lingüística tida como necessária para o surgimento de outras unidades complexuais – unidades de terceira ordem. Os fenômenos sociais e culturais estariam aí representados, a partir de um maior aprimoramento de uma mesma idéia biogenética, na qual o domínio da linguagem acarreta a chave para o alcance da consciência reflexiva do humano, ponto de partida para uma cadeia cíclica de conhecimento (Romesín & García, 1997, p. 260).

<sup>24</sup> Eis a leitura de Parsons, complementada pelo questionamento da distribuição desigual do poder de controle em sociedades marcadas por conflitos de classes ou grupos. O diferencial estaria centrado, pois, na prospeção do fenômeno em sua interpretação, e não meramente na descrição catalográfica do processo.

<sup>25</sup> É de observar que a referência contida na expressão “desejáveis em termos sociais” leva em consideração a teoria conflitual, para reconhecer nos valores em questão a expressão dos grupos sociais que ascendem ao poder do monopólio cognitivo jurídico-positivo.

<sup>26</sup> A predileção de Parsons pelo consenso pode ser apreciada em termos de estruturação do seu raciocínio, na medida em que o autor conceba uma sociedade em pleno funcionamento, por meio da conjugação harmônica de seus subsistemas. Interessante perceber essa opção interpretativa, pois o modelo esboçado no presente trabalho segue a linha conflitual, na qual a síntese de divergências de poder é tônica maior.

<sup>27</sup> Grau de desordem em um sistema, concluindo Capra (1982, p. 68), que “em qualquer sistema isolado, composto de um elevado número de moléculas, a entropia – ou desordem – continuará aumentando até que, finalmente, o sistema atinja um estado de máxima entropia, também conhecido como “morte térmica”; nesse estado, toda a atividade cessa, estando o material uniformemente distribuído e à mesma temperatura”. O dicionário eletrônico Houaiss traz alguns significados para o verbete, considerando entropia tanto medida da variação ou desordem em um sistema, quanto medida da desordem ou da imprevisibilidade da informação.

<sup>28</sup> Importante frisar que a expressão “domínio lingüístico” estará sendo repetida ao longo do texto, em virtude do seu grau de especificidade em relação ao campo operacional em que está inserida, qual seja, a comunicação.

<sup>29</sup> De acordo com Dias & Andrade, a questão pode ser situada no plano da lógica luhmanniana de pré-programação que o código lingüístico da dogmática oferece, em termos de auto-referência do direito em sua legitimação. Ou seja, existiria uma fundamentação apriorística, determinada e preestabelecida, delimitada pelo respaldo que a dogmática ofereceria, donde é extraída a codificação jurídico-penal como componente essencial (1997, p. 504-505). Então, o simples fator de definição prévia estaria, *per se*, justificando e legitimando as regras contidas no sistema, exurgindo, daí, pois, a viga de estruturação do arcabouço ideológico outrora esboçado em termos de ausência de neutralidade do discurso lingüístico apontado por WARAT em sua obra *O direito e sua linguagem* (1995).

<sup>30</sup> O déficit é produzido pela carência de uma visão de conjunto que realmente não deveria se dar, mas, não obstante, produz-se facilmente, sobretudo em caso de excitação ou especial complexidade de um assunto. Ou, ainda, o déficit pode permanecer ignorado pelo autor porque ele não se preocupa com aquilo que exige o direito e, como resultado disso, tampouco com o que provoca – ignorância diante dos fatos em razão da indiferença. Existe, então, uma punição pela não-observância do papel do indivíduo, em face daquilo que ele está destinado a cumprir. Quando um vendedor expõe mercadorias destinadas à alimentação, por exemplo, mesmo não manifestando o denominado dolo de produzir eventos, a disponibilização da comida, por exemplo, que poderá estar infectada, já constitui uma falta de diligência em cumprir com a expectativa firmada em grupo, ante a fidelidade que lhe é atribuída, em face da importância de sua atividade.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. *Verso e reverso do Controle Penal*. (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

AZEVEDO, David Teixeira. A culpa penal e a lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 16, p. 127-136, out./dez. 1996.

AZEVEDO, Jackson. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil. Uma ilusão... que sobrevive*. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BERGALLI, Roberto (org.). *Control social punitivo: sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona: María Jesús Bosch, 1996.

\_\_\_\_\_. *Contradicciones entre derecho penal y control social*. Barcelona: María Jesús Bosch, 1998.

\_\_\_\_\_. *De cuál derecho y de qué control social se habla?*. Disponível em: <<http://www.ub.es/penal/control.htm>> Acesso em 23 out. 2002.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 97-109, jul./set. 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. v. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução: Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

\_\_\_\_\_. *O ponto de mutação*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1982.

\_\_\_\_\_. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *The Autopoiesis of Social Systems. Essays of Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1980.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORIN, Edgar. *Sociologia: a sociologia do micros social ao macroplanetário*. Tradução: Maria Gabriela de Bragança. Lisboa: Europa-América, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução: José Carlos Gobbi Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução: Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROMESÍN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. Tradução: Juan Acuña Llorens. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *As duas faces da política criminal contemporânea*. Disponível em: <<http://www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br>> Acesso em: 17 maio 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. v. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_\_. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamento, 2001.

\_\_\_\_\_. Os processo de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e Direito Penal Brasileiro: acomodação ou indiferença? São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6. 23, jul./set. 1998.

TOLEDO, Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

VON LISZT, Ernest. *Tratado de derecho penal*. Madri: Reus, 1927.

WARAT, Luis Alberto. O direito e a sua linguagem. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 3. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: [s.n], 1984.

\_\_\_\_\_. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In: Direito criminal. Org. José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

### **Resumo**

O presente artigo busca analisar a modificação da clássica função do direito penal, relacionada à tutela de bens jurídicos, para a finalidade de controle social, à luz da teoria funcionalista de Günther Jakobs.

Palavras-chave: Direito penal; Controle social; Funcionalismo.

### **Abstract**

The article analyses the transformation of the classic functions of criminal law into social control in the light of the functionalist theory developed by Gunther Jakobs.

Key words: Criminal law; Social control; Functionalist theory.

## **Resumen**

El artículo presenta un análisis de la modificación de la finalidad clásica del derecho penal hacia una función de control social a la luz de la teoría funcionalista de Gunther Jakobs.

Palabras-clave: Derecho penal; Control social; Funcionalismo.

**Zilah Maria Callado Fadul Petersen**

*Professora de graduação e pós-graduação em Direito da UPIS. Doutora em Direito pela USP. Pós-doutorado pela Universidade de Paris. Magistrada da Justiça Militar da União.*

## **Responsabilidade criminal do médico**

**SUMÁRIO:** *Introdução. 1 Responsabilidade criminal do médico pelos resultados danosos de ato profissional. 1.1 Traços históricos. 1.2 Responsabilidade penal. 2 Erro médico. 3 Condenação criminal: conseqüências penais e reflexos nos âmbitos civil e profissional. Conclusão. Referências.*

### **Introdução**

Defrontamo-nos, no mundo contemporâneo, com crescente especialização dos conhecimentos inerentes às ciências biológicas, em especial as médicas, à semelhança do que ocorre em outros campos da ciência. A finalidade das ciências médicas, voltada à saúde e à vida humana, introduz, na atividade médica, uma natureza específica, impondo – ressalvado o âmbito da pura pesquisa científica – inarredável correlação entre o agente e o paciente ao qual aquela atuação especializada se destina, daí advindo algumas conseqüências nem sempre desejáveis, acarretando a responsabilidade do profissional pelas conseqüências danosas de seu ato.

A massificação dos estudos universitários em geral, a falta de aprimoramento do ensino quanto à exigibilidade (em relação ao estudante) de um verdadeiro aprendizado daquilo que lhe é ensinado, os problemas inerentes ao estágio do formando ou recém-formado em ciências médicas, bem como à sua especialização com meios nem sempre tecnicamente adequados, a tendência de isolamento daqueles profissionais em relação às demais atividades científicas, a alteração do anterior caráter de pessoalidade do atendimento médico e o insuficiente conhecimento do Direito vigente podem ser enumerados como as principais causas da constante ocorrência, no exercício da atividade médica, de resultados danosos, configurados como conduta contrária à ética profissional, a direitos protegidos por normas civis ou penais, ou mesmo constitucionais, mediante a prática de erros médicos e de crimes culposos ou dolosos, envolvendo responsabilidade civil e penal de seu agente, além daquela inerente à ética profissional.

A expansão dos grandes centros médicos e dos planos de saúde, bem como a especialização crescente da medicina, provocou a redução e a quase extinção da pessoalidade anteriormente existente no atendimento médico, configurada na pessoa do *médico da família*, ficando o paciente cada vez menos conhecido ou totalmente desconhecido do profissional que o atende, situação que agrava a responsabilidade deste pelos diagnósticos emitidos e tratamentos determinados e aumenta a possibilidade de danos em decorrência da atuação médica em face da nova situação vivenciada.

Tais fatos, aliados aos evidentes avanços técnicos da medicina contemporânea, acarretaram uma nova forma de visualização da questão no campo jurídico, com o afastamento da imunidade médica que tradicionalmente estava sendo admitida pelo Direito, escudada numa consideração simplista do erro médico, e a conseqüente imputação àqueles profissionais de efetiva responsabilidade jurídica – penal e civil – pelas conseqüências danosas de seus atos, estes consistentes em ações ou omissões, independentemente da intencionalidade quanto ao dano ocorrido.

Diante do complexo âmbito de atuação do médico, sua responsabilidade profissional pode ser avaliada em três campos distintos, embora interligados: o ético-administrativo, o civil e o penal. Apesar dessa estreita vinculação, no presente trabalho apenas a responsabilidade penal do médico será analisada, relativamente a atos praticados no exercício da profissão, abstraindo-se, com ressalva de alguns eventuais comentários, a abordagem da responsabilidade civil e da ética.

Impõe-se ainda ressaltar que a imputação dessa tríplice responsabilidade aos profissionais de saúde, crescente no Direito moderno e contemporâneo, inclusive no Direito pátrio, evidentemente não objetiva a desintegração da honorabilidade daquele profissional, ou a destruição do respeito e confiança que devem estar presentes na relação médico-paciente, nem significa perseguir profissionais corretos ou reprimir de forma total erros humanos compreensíveis e perfeitamente escusáveis. Ao contrário, responde à relevância do ser humano considerado em relação a todos os elementos que o configuram, tal como o direito que tem ele à sua condição psicológica, sua estética, sua saúde, seu corpo, sua vida, que afinal constituem um direito que vai além do individual, pois é direito da sociedade e dever do Estado, pois a este incumbe sua proteção.

## **1 - Responsabilidade criminal do médico pelos resultados danosos de ato profissional**

A relevância e as características próprias da atuação médica – neste trabalho genericamente realçada como síntese das ciências biológicas que se voltam ao ser humano – tornam delicada a abordagem do tema concernente à responsabilidade do médico em

relação aos resultados danosos decorrentes de atos por ele praticados no exercício da profissão, especialmente naquilo que concerne à sua responsabilidade penal.

Com efeito, a estrutura básica do Direito põe em evidência sua constante e inafastável referência ao homem e à circunstancialidade que envolve seu viver social. A convivência do homem, exigida pela sua própria natureza e que se manifesta a partir da existência do menor grupo social, é disciplinada por normas que se apresentam como instâncias de socialização formal, e nelas as normas jurídicas constituem a mais formal daquelas instâncias.

O homem, em seu ser individual e seu viver social, integra a totalidade do mundo tal como por nós é conhecido: como ser biológico – assim considerado em seu surgimento, estrutura biopsíquica e morte – integra o chamado mundo natural; como ser social – criador e, direta ou indiretamente, destinatário de sua própria criação – faz parte do mundo cultural.

Assim, no mundo natural nos defrontamos com aquilo que é estruturado numa relação de causalidade e disciplinado por lei natural. É o mundo do ser. De outro lado, no mundo cultural nos defrontamos com aquilo que é enquanto deve ser<sup>1</sup> ordenado, no campo comportamental – específico da Ética –, em relações de imputabilidade, disciplinadas por leis culturais ali genericamente conhecidas como normas éticas, dentre as quais se destacam as normas jurídicas, portadoras de coação incondicionada garantida pelo Estado.

Analisando a questão no campo das ciências biológicas, constata-se que o objeto primordial dessas ciências integra o mundo natural, configurando-se, em relação às ciências médicas, que ora nos interessam, no ser humano. De outro lado, as ciências biológicas em si mesmo consideradas, com as respectivas doutrinas e técnicas de atuação e até mesmo a forma de enunciação das leis naturais que utilizam, incluem-se no mundo cultural. A medicina, por exemplo, apresenta um aspecto complexo: trata do homem como ser biopsíquico, mas que em nenhum momento deixa de ser um ente social e moral, e o profissional daquela ciência é também, por sua própria natureza, um ser semelhante ao paciente, subordinando-se, em consequência, às regras técnicas inerentes ao seu labor profissional e, ao mesmo tempo, às regras jurídicas vigentes naquele lugar e ocasião, que giram em torno de sua atividade técnica, disciplinando todos os seus atos que, direta ou indiretamente, envolvam outra pessoa.

## **1.1 - Traços históricos**

Da análise de antigas legislações, conclui-se que, durante longo tempo, do médico era exigida uma conduta técnica satisfatória, sendo punida aquela que

acarretasse danos aos pacientes. Mas a responsabilidade do médico por atos profissionais recebeu, no curso do tempo, tratamentos diferenciados, indo do rigor excessivo à total impunidade. A afirmação pode ser exemplificada pelo Código de Hamurabi, promulgado no século XXIII a.C. por Hamurabi, rei da Babilônia, também cognominado Kamu-Rabi, que unificou sob sua soberania toda a Mesopotâmia. Referido código, decalcado nas antigas leis da Caldéia, foi de extremada importância para a história dos direitos babilônicos, do direito asiático e, em especial, do direito hebreu. Seu Capítulo XII disciplina os honorários e penalidades profissionais, destacando-se os artigos 215 a 226, que se referem aos médicos. *Verbis*:

*“Art. 215 – Se um médico fez uma incisão com lanceta de bronze em um homem livre e o curou ou se abriu uma região superciliar em um homem livre e o curou, ele tomará dez siclos de prata.*

*Art. 216 – Se foi o filho de um homem vulgar, tomará cinco siclos de prata.*

*Art. 217 – Se foi o escravo de homem livre, o dono do escravo dará ao médico dois siclos de prata.*

*Art. 218 – Se um médico fez uma incisão difícil com lanceta de bronze em um homem livre ou se lhe abriu a região superciliar em um homem livre e destruiu o olho do homem livre, eles cortarão a sua mão.*

*Art. 219 – Se um médico fez uma incisão difícil com lanceta de bronze no escravo de um homem vulgar e causou sua morte, ele deverá restituir um escravo idêntico ao escravo morto.*

*Art. 220 – Se ele abriu a região superciliar com lanceta de bronze e destruiu seu olho, ele pagará a metade de seu preço.*

*Art. 221 – Se um médico restabeleceu um osso quebrado de um homem livre ou curou um músculo doente, o paciente dará ao médico cinco siclos de prata.*

*Art. 222 – Se foi o filho de um homem vulgar, dará três siclos de prata.*

*Art. 223 – Se foi o escravo de um homem livre, o dono do escravo dará dois siclos de prata”<sup>2</sup>.*

Os excertos do Código de Manu também trazem prescrição acerca da atividade médica, em seu artigo 695:

*“Art. 695 – Todos os médicos e cirurgiões que exercerem mal a sua arte merecem uma multa; ela deve ser do primeiro grau para o caso relativo a animais; do segundo, relativo ao homem”<sup>3</sup>.*

Em outras legislações antigas, como a Lei das XII Tábuas, redigida pelos decênviros e adotada em Roma pelas centúrias, nos comícios entre os anos 303 e 304, editada em decorrência das reclamações dos tribunos do povo, a submissão do médico era genérica, constando da Tábua Sétima, que trata dos delitos:

*“9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses;...*

*11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo;*

*12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 800 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo...”<sup>4</sup>;*

Nelson Hungria<sup>5</sup> discorre acerca das punições impostas, durante a Idade Média, aos médicos de cuja atuação profissional decorresse evento fatal. Tal quadro foi posteriormente alterado com o reconhecimento da necessidade de tolerância com os erros médicos, considerando-os inerentes às imperfeições daquela ciência.

Assim, no século XIX, a impunidade atingiu limites extremos em decorrência da admissão da irresponsabilidade absoluta dos médicos em seus atos profissionais, tendo em vista diversos elementos, tais como a capacidade técnica que lhes era atribuída pela realização de Curso específico, a necessidade de evolução científica da medicina que seria obstada, caso os médicos ficassem restringidos em sua atuação, e a alegada impossibilidade técnica de o juiz apreciar aquelas questões cujo conteúdo extrapolava o conhecimento específico do Direito. Daí o entendimento que passou a vigorar, no sentido de submeter a processo criminal somente a conduta dolosa do médico, ficando excluída a sua responsabilidade por ato culposos, situação que hoje se encontra profundamente alterada.

## **1.2 - Responsabilidade penal**

Em sua destinação disciplinadora das relações intersubjetivas de conduta e na extrema variedade das relações que submete, o Direito faz sobressair a noção de responsabilidade, correspondente à idéia de obrigação, da qual surge, como afirma

Luís Antonio de Camargo<sup>6</sup>, “*a equivalência de contraprestação, de correspondência obrigacional, de uma repercussão gerada por violação de norma ou obrigação.*”

Dentre as sanções jurídicas, a penal é considerada a mais grave, tendo em vista, sobretudo, as conseqüências que sua aplicação acarreta àqueles que a elas são submetidos, pois correspondem à garantia do respeito a princípios e direitos tidos como fundamentais ou essenciais à comunidade, disciplinados pelo Direito Penal, estando este no ápice do conjunto de normas infraconstitucionais que integram um Sistema Jurídico.

A natureza própria do Sistema Jurídico e a conseqüente interligação lógica de suas subdivisões internas voltadas a interesses específicos permitem que, embora com obrigações prescritas em compartimentos diferentes e específicos, um único ato de conseqüências danosas possa ter, simultaneamente, configurações diversas – tais como ética, civil e penal –, desde que respeitadas as exigências jurídicas a eles relacionadas em cada um daqueles campos.

Limitando-nos à apreciação criminal, verificamos que a legislação penal – artigo 13 do Código Penal e artigo 29 do Código Penal Militar – exige, para cada conseqüência danosa, uma causa, conceituando esta como “*a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Configura-se, assim, uma relação de causalidade entre a atuação médica – clínica ou cirúrgica –, ou mesmo a omissão dessa atividade, e os resultados danosos dali decorrentes, sendo estes imputáveis a quem lhes deu causa. Os Códigos Penais vigentes – comum e militar – abraçaram a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da *conditio sine non*, pela qual tudo que concorre para o evento é causa. Assim, a ação e a omissão seriam sempre causas, quando, sendo hipoteticamente eliminadas, o resultado concreto não ocorreria.

Ao contrário da ação, a omissão é um acontecimento cuja existência não é materialmente detectável, pois apenas é percebida em suas conseqüências. O legislador penal se preocupou em esclarecer em que consiste tal omissão, dizendo que:

*“A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Acrescenta o legislador dever de agir incumbido a quem tenha por lei obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência”.*

Como exemplo, podemos destacar as seguintes ementas:

*“Relevância da omissão. A presença física do anesthesiologista integrante da equipe cirúrgica é obrigatória no pós-operatório enquanto o paciente não apresentar condições estáveis, especialmente quando lhe foram ministradas drogas depressoras do sistema nervoso central. Age com negligência e responde por omissão o anesthesiologista que executa a intubação e deixa o paciente entregue a simples atendente de enfermagem, recomendando a manutenção da máscara ligada ao oxigênio, pois essa última providência já mostrava que a respiração não estava perfeitamente normalizada, sendo irrelevante que em sala próxima existissem pessoas teoricamente capazes de prestar atendimento, pois a intervenção pessoal é um dever indelegável do “garante””* (TARGS-AC-Rel. Fernando Mottola – RTJE 124/242).

*“Homicídio culposo. Responsabilidade por omissão. O erro de diagnóstico e terapia, provocado pela omissão de procedimentos recomendados ante os sintomas exibidos pelo paciente, acarreta responsabilidade médica, nos termos do artigo 13, § 2º, “b”, do CP, e só pode ser excluído da cadeia causal se houver prova plena de que não comprometeu as chances de vida e integridade da vítima”* (TJRGS-AC 292102406 – Rel. Fernando Mottola).

Configurada a relação de causalidade entre o ato – ação ou omissão – do profissional e um resultado danoso, impõe-se verificar, no caso apreciado, a coexistência dos elementos doutrinariamente considerados indispensáveis à caracterização de um ilícito penal: tipicidade da conduta e culpabilidade do agente.

Com efeito, constatada a existência de dano e a relação de causalidade entre o primeiro e um determinado ato profissional, após verificar se a conduta do profissional foi antijurídica e típica (princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*), deve ser procedida a investigação acerca da culpabilidade do agente (princípio do *nullum crimen sine culpa*), questão que passa pela própria imputabilidade.

Ao dispor sobre a culpabilidade, o Código Penal Militar, em seu artigo 33, à semelhança do Código Penal comum, o artigo 18, estabelece uma distinção elementar entre crime doloso e culposo. Pela definição legal, diz-se o crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e culposo “quan-

*do o agente, deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”.*

Verifica-se, em rápidos traços, que o crime doloso corresponde à forma mais grave de um delito, e que o legislador penal igualou o dolo direto – *querer o resultado* – ao eventual – *assumir o risco de produzi-lo*. E no campo da culpa *stricto sensu* envolveu suas três manifestações tradicionais – imprudência, negligência e imperícia – e igualou a culpa consciente à inconsciente, construindo todas essas manifestações sobre o princípio da previsibilidade, sem o qual a culpa inexistirá, e fixando o princípio da excepcionalidade do crime culposo, pelo qual, salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente, somente se caracterizando como crime culposo aquele que expressa e legalmente assim estiver determinado.

Com efeito, o agente deve ter consciência da ilicitude de seu ato, e não necessariamente da consequência danosa. Tal consciência é elementar ao juízo de reprovação, isto é, à culpabilidade, pois a configura. A reprovação não depende apenas de ter o agente capacidade genérica de entendimento do caráter ilícito do ato e de se determinar conforme esse entendimento. É indispensável que, em cada caso, ele tenha reconhecido, ou podido reconhecer, mesmo que não o tenha feito, a ilicitude de seu comportamento. Daí o referido princípio da previsibilidade, estabelecido a partir do *homo medius*, consagrado nas leis penais como pressuposto da configuração de um ilícito culposo.

Impõe-se também assinalar que, a par da excepcionalidade do crime culposo, uma tênue e quase imperceptível linha separa o dolo eventual da culpa consciente, apesar da evidente diferença na intensidade das respectivas penas: no primeiro caso, dolo eventual, o agente assume o risco de produzir o resultado, embora não o queira diretamente; no segundo, culpa consciente, o agente prevê o resultado danoso, não deseja sua ocorrência, mas pratica o ato supondo levemente – isto é, sem embasamento técnico adequado – que o mesmo não se realizará ou que poderá evitá-lo. Diversas as decisões judiciais nesse sentido, dentre as quais é possível citar:

*“Se a vítima vem a falecer de choque séptico durante transfusão de sangue e a contaminação que determina o óbito foi originada na própria empresa produtora da bolsa utilizada na transfusão, considerando-se que tais bolsas eram esterilizadas e lacradas pelo*

*produtor, não há como se exigir do médico a previsão de que pudessem elas estar infectadas” (TACRIM-SP-AC-Rel. Gomes de Amorim – RJD 6/99)<sup>7</sup>.*

Sendo a imputabilidade, segundo tradicional teoria, o vínculo de caráter psicológico que une o autor ao ato por ele praticado, constata-se que dolo e culpa são espécies da mesma relação, cujo pressuposto é a imputabilidade, e a sua estrutura deve ser integrada por outro elemento que propiciará alterações quantitativas<sup>8</sup> ou desviará, do agente, a responsabilidade pelas conseqüências danosas do ato praticado.

Culpabilidade e responsabilidade são conceitos que, sob determinado enfoque, confundem-se, pois, embora expressem aspectos distintos da mesma realidade analisada, a culpabilidade implica a responsabilidade, já que esta somente será juridicamente possível com a presença daquela.

Assim, após ser verificada a tipificação legal do ato praticado, a sua relação de causalidade com as conseqüências danosas e fixada a culpabilidade do agente, importa ainda verificar se era possível deste exigir conduta diversa da assumida naquela ocasião. A questão da inexigibilidade de outra conduta é uma decorrência da valoração do bem ameaçado, daí não ser possível, por exemplo, responsabilizar pelo evento danoso médico empregado, que, sob o risco de perda do emprego, dispõe-se a usar os únicos instrumentos cirúrgicos existentes no hospital, desde que, com relação ao desgaste e desatualização dos mesmos, várias vezes tenha ele se manifestado à direção daquele nosocômio. Essa inexigibilidade não surge no juízo subjetivo do agente, mas sim no juízo crítico de reprovação em face da situação concreta na qual a conduta se realizou.

Em síntese, afastando as discussões doutrinárias a respeito do conceito próprio de culpabilidade, que passam pelas teorias psicológica, normativa e finalista, é possível afirmar que *imprudência* é a prática de ação irrefletida, intempestiva, precipitada, sem precaução, resultante da imprevisão do agente em relação às previsíveis – previstas ou não – conseqüências danosas de seu ato; *negligência* é a desídia, o descaso, descuido, falta de cuidado que, quando causa danos, por serem estes previsíveis – previstos ou não, repetimos –, acarreta a responsabilidade do agente; já *imperícia* é a demonstração de incompetência, inexperiência, inabilidade na arte ou profissão. Como diz Mirabete<sup>9</sup>, a *imprudência* é ação precipitada, afoita, sem cautelas, na qual o agente não usa seus poderes inibidores; a *negligência* corresponde à inércia psíquica, à indiferença do agente, pois, embora possa, não toma as cautelas devidas por displicência ou preguiça mental; e a *imperícia* se manifesta em atos nos quais o agente demonstra incapacidade e falta de conhecimentos técnicos adequa-

dos ao exercício de sua arte ou profissão. Essa última assume particular relevância na medicina, embora não lhe seja exclusiva, por envolver profissional tecnicamente preparado e destinado a tratar da saúde e da própria vida do paciente.

Diante de todo o exposto, considerando as específicas características científicas do labor médico, bem como a natureza própria do sujeito passivo daquela relação, constatamos que a medicina se apresenta como uma atividade de risco, pois em geral o médico não pode, na prestação de serviços profissionais, comprometer-se com um resultado certo, ressalvados, é claro, alguns casos especiais. Mas ele se obriga a prestar assistência ao paciente, de forma diligente e tecnicamente correta, no sentido de atingir a finalidade pretendida. Assim, com as exceções referidas, a obrigação é de meio, e não de resultado, como afirma Panasco<sup>10</sup>, pois, quando se propõe a um tratamento, o objetivo é de se comportar dentro de uma condição ética – e também jurídica – de diligência, cuidados, utilizando todos os recursos técnicos disponíveis para atingir o resultado pretendido. Além disso, o paciente não se submete apenas à vontade do profissional, apresentando, muitas vezes, dependência a fatores estranhos àquela relação.

De tais fatos decorre a impossibilidade jurídica de fixação de responsabilidade objetiva com relação a esses profissionais, tipo de responsabilidade que – embora exista, no âmbito cível, em relação às pessoas jurídicas, como hospitais, clínicas e o próprio Estado – sua imputação ao médico, como pessoa física, inviabilizaria o exercício da medicina, tendo em vista a maciça ocorrência de situações duvidosas e arriscadas, sendo a cura algumas vezes inatingível, como ainda ocorre atualmente com a Aids (síndrome de imunodeficiência adquirida), várias doenças cardíacas e diversos tipos de câncer.

Verifica-se, assim, que nas cirurgias estéticas – geralmente realizadas em pessoas sãs – tal quadro não pode ser alterado, devendo o médico se abster de realizar o ato cirúrgico se não houver condições de assegurar ao paciente o resultado pretendido.

Diferentes são, entretanto, as demais atuações médicas, nas quais, entretanto, persiste a obrigação daquele profissional em agir diligentemente, dentro de determinados padrões técnicos, cabendo realçar que os danos porventura causados ao paciente, o agravamento de problemas de saúde ou mesmo a morte, não se apresentam inarredavelmente ligados à ocorrência de um resultado insatisfatório dos procedimentos médicos, pois tais fatos poderão decorrer de uma série de fatores externos, estranhos aos atos profissionais realizados.

Assim, não é juridicamente admissível, em relação ao médico como pessoa física, tanto a responsabilidade objetiva, conforme já referido, quanto a presunção

de culpa, impondo-se necessariamente a prova da ocorrência de efetivo dano ao paciente e sua relação de causalidade com a atuação daquele médico, o que necessariamente passará pela avaliação da conduta profissional do mesmo.

Mas não estão aí limitados os resultados danosos de atos profissionais, pois estes, complexos e variados, podem acarretar a violação de bens jurídicos diversos, marcados pelo dolo ou pela imprudência, negligência e imperícia, atraindo, para o seu agente, responsabilidade penal. Em conseqüência, diversos são os crimes tipificados no Direito pátrio vigente passíveis de imputação ao médico, alguns tidos como crimes próprios do profissional de saúde, e outros, como crimes comuns, mas que por eles podem ser praticados.

No primeiro caso, realçamos os crimes de violação de segredo profissional; omissão de notificação de doença contagiosa, exercício ilegal da medicina, falsidade de atestado médico, omissão na assistência a recém-nascidos.

No segundo caso, o médico pode, no exercício de atividades profissionais que lhe são próprias, praticar crimes dolosos, especialmente por meio do dolo eventual, e crimes culposos, estes decorrentes de imprudência, negligência e, sobretudo, imperícia, tais como homicídio; lesões corporais; omissão de socorro; provocação de aborto; indução, instigação ou auxílio ao suicídio; anúncio de cura por meio secreto e infalível (charlatanismo); afirmação falsa como perito; concorrência desleal.

Em se tratando de profissionais, a previsibilidade dos resultados danosos é de tal modo exigida que facilmente pode conduzir determinada conduta para o campo da imperícia. Saindo do campo próprio da culpa, ao médico pode ser imputada a prática dolosa de diversos crimes, com base no dolo direto ou, sobretudo, no eventual, tais como provocação direta ou auxílio a suicídio, abandono de pessoa, maus-tratos, violação de segredo profissional, alguns crimes sexuais, crimes contra a saúde e falsidade ideológica, ou o próprio crime de omissão de socorro.

Também é importante realçar que – embora a intervenção médica sem autorização do paciente ou de seus representantes configure abuso de poder e, mesmo com autorização, não possa aquele profissional utilizar tratamentos ou intervenções cujos riscos sejam desproporcionais às vantagens, regra geral, nem realizar experiências sobre o corpo humano – intervenções não consentidas podem ocorrer em face da indisponibilidade da vida e o dever do médico de prestar socorro a quem necessita. Assim, mesmo diante da oposição, por exemplo, a uma transfusão de sangue, essencial à manutenção da vida do paciente, a atuação positiva do médico, embora sem prévia autorização judicial – pois esta eventualmente poderá ser tardia –, estará excluída de tipicidade, pois sua conduta teria

visado, *in casu*, a evitar um suicídio, quando o impedimento é oposto pelo paciente, ou um homicídio, quando aludida oposição é feita pelos pais ou parentes do paciente.

## 2 – Erro médico

A presença do erro na vida humana é uma constante. Com larga sinonímia no vernáculo, significa falta, engano, equívoco, falha, incorreção, inexatidão, abuso, juízo falso etc., e a todo instante alguém o está cometendo em decorrência de causas as mais variadas, de impulsos complexos e incontroláveis, de atos irrefletidos. Arbitrariamente e com certa freqüência, o erro interfere no curso dos acontecimentos humanos, nele introduzindo alguma alteração, desafiando todas as regras de cautela e prevenção.

Antigo ditado parte do princípio de que todos, em determinado momento, erram, embora desejem acertar: *errare humanum est*.

Erra o juiz, às vezes se descuidando ou se precipitando no exame da prova dos autos e condenando um inocente ou absolvendo um culpado; erra o piloto de aeronave em seu plano de vôo, causando e sendo uma das vítimas de dramático acidente; erra o engenheiro em seus cálculos, incompatíveis com a obra realizada e sua finalidade; erra o médico.

Como já relatado, durante muito tempo o médico ficou de certo modo intocável com relação ao erro praticado no exercício da profissão. Com o progresso da ciência médica, paulatinamente a situação mudou, sendo aquele profissional chamado à Justiça para, tanto civil quanto criminalmente, responder pelos seus atos.

Assim, constatada a presença dos elementos configuradores do ilícito penal e sua vinculação com determinada atividade médica, impõe-se verificar se a conduta do profissional que atuou no caso é, ou não, punível.

Ao referir o erro médico, cogita-se do erro profissional e cuida-se relacioná-lo exclusivamente com a culpa *stricto sensu*, afastando-se qualquer vinculação com o dolo, pois a intenção inerente à configuração deste abalaria a natureza própria do mencionado erro. Na esfera criminal, é válida a opinião dos juristas que admitem a inclusão do erro médico, na maior parte de sua ocorrência, nos casos de manifesta imperícia, pois por meio desta o profissional temerariamente pratica atos em relação aos quais não possui conhecimentos técnicos adequados, ou, se os possuir, não os respeita, praticando atos grosseiramente marcados pela imprudência ou negligência.

Verificamos, assim, que o erro médico pode se transfigurar, na maioria dos casos, em crimes culposos, tendo o médico, entretanto, sua responsabilidade penal atenuada ou afastada quando as conseqüências danosas decorrem de caso fortuito ou força maior, ou diante da previsão legal de excludentes de criminalidade ou de culpabilidade.

Sob outro aspecto, sendo o erro médico um erro profissional, pode, em alguns casos, apresentar-se plenamente escusável, sendo então isento de pena aquele que o pratica, nos termos do artigo 20 do Código Penal comum, semelhante ao preceituado no artigo 36 e seu parágrafo 1º do Código Penal Militar:

*“Art. 20...*

*Discriminantes putativas*

*§ 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.*

Assim, há um erro profissional escusável, e não imperícia ou outra modalidade de crime culposo, quando um profissional, por exemplo, empregando corretamente os conhecimentos e regras de sua ciência, aponta uma falsa solução, da qual provém uma conseqüência danosa.

Em geral, é difícil a prova do erro profissional escusável ou da culpa do médico quanto ao resultado danoso de seu ato. As dificuldades se iniciam com as próprias circunstâncias que envolvem o fato e se ampliam com a prova a ser realizada nos autos, pois condenação exige certeza absoluta, tanto do crime quanto da autoria e culpabilidade. É necessário haver íntima convicção dessa certeza, pois qualquer dúvida impõe a absolvição do réu.

Os exames periciais se impõem necessariamente em alguns casos processualmente perquiridos, e geralmente as perícias são realizadas por médicos. Embora sem desvio dos peritos para o campo do ilícito, algumas vezes os laudos cristalizam o corporativismo profissional, ou, no mínimo, a falta de interesse de imputar ao colega uma prática que pode ser caracterizada como criminosa; outras vezes, contudo, tais laudos demonstram o interesse quanto à correta investigação dos fatos, punição e exclusão dos maus profissionais daquele campo de atuação. Mas os laudos não constituem toda a prova, podendo o juiz desconsiderá-los, e, quando não mais possível a realização ou repetição de perícia, poderá supri-la com o exame de indícios e evidências lógicas, buscando a verdade no sentido de fazer Justiça.

### **3 – Condenação criminal: conseqüências penais e reflexos nos âmbitos civil e profissional**

Como anteriormente foi afirmado, que pode ser deduzido pela variedade de tipos penais exemplificadamente enunciados, os resultados danosos da atividade médica podem atingir variados bens jurídicos que se encontram garantidos por normas penais, gerais ou especiais. O chamamento do médico, em Juízo, para responder a um processo criminal, dependerá da espécie de crime praticado e da legislação processual que disciplinar a questão, com atendimento às exigências nela contidas.

Desse modo, poderá o médico, no exercício da profissão, praticar um crime comum ou um crime especial, como, por exemplo, um crime militar, sujeitando-se, respectivamente, aos Códigos Penais comum ou Militar e à legislação que os complementa, com submissão a Códigos Processuais Penais e órgãos jurisdicionais diversos.

Ressalte-se que a prática crescente do chamado *consentimento informado*, utilizado sobretudo nas áreas de cirurgia plástica, odontologia estética e outros tratamentos e cirurgias que envolvam grandes riscos, ainda não apresenta, perante a Justiça brasileira, valor probatório capaz de subtrair, do médico, a responsabilidade pelas conseqüências danosas de sua atuação profissional. Entretanto, é evidente o seu valor para afastar qualquer alegação de ilícito concernente ao descumprimento do preceituado no artigo 15 do Código Civil vigente. *Verbis*:

*“Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.*

Sendo processado criminalmente, enquanto não sobrevier condenação e esta não transitar em julgado, o médico, como qualquer cidadão que responda a processo penal, terá a seu favor a presunção de inocência, direito individual considerado fundamental pela Constituição Federal, vigente em seu artigo 5º, inciso LVII. Advindo uma condenação e havendo substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou multa, haverá possibilidade de ser imposto, ao sentenciado, restrição temporária de direitos, dentre os quais a interdição de exercício da profissão no período ali referido. Ou, não tendo havido a mencionada substituição nem concedido o regime aberto para cumprimento da pena, poderá ainda, conforme o caso, ser beneficiado com a suspensão condicional da pena pelo prazo e nas condições fixadas na sentença.

Caso o sentenciado não faça jus a qualquer dos benefícios processuais exemplificados, ou de outros porventura dirigidos à espécie, deverá cumprir a pena de restrição de liberdade que lhe for imposta na sentença.

Evidentes os reflexos negativos na vida do profissional, conseqüentes de uma condenação criminal, pois dela também decorrem outras conseqüências que integram ou transcendem a esfera penal e que podem se consubstanciar, dependendo de cada caso, em restrição total ou parcial da liberdade durante o cumprimento da pena, prejuízo econômico, com o custeio da defesa no processo, pagamento de custas e, se for o caso, de multa, e pagamento de indenização na esfera cível; constrangimento social tendo em vista a repercussão do processo na comunidade; prejuízo profissional cuja graduação será determinada pelo tipo de crime imputado no processo e repercussão do mesmo no meio social, podendo corresponder à impossibilidade de exercer a medicina, ou ao afastamento de seus antigos pacientes cuja confiança foi quebrada; prejuízo funcional, pois, em algumas situações, o médico é afastado ou perde suas funções etc. Além disso, há outras conseqüências da condenação criminal, sendo a reincidência uma delas, automática e inarredável no período legalmente fixado.

Com efeito, diz o artigo 63 do Código de Processo Penal vigente:

*“Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.*

Corroborando a prescrição processual penal, o Código Civil brasileiro vigente assim dispõe:

*“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.*

*“Art. 951. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho”.*

Embora anterior, o Código de Processo Civil está harmônico com os preceitos acima transcritos, afirmando em seu artigo 584:

“Art. 584. São títulos executivos judiciais:  
*II – a sentença penal condenatória transitada em julgado”.*

*Contrario sensu*, quando sobrevier sentença absolutória, será processualmente cabível litígio cível relacionado ao dever do médico ressarcir os prejuízos causados, desde que a sentença criminal absolutória não esteja fundamentada na prova da inexistência do fato ou falta de prova de sua existência, prova da não-participação do acusado na infração penal, ou de que este tenha agido ao abrigo de determinadas excludentes.

## **Conclusão**

Para concluir a questão aqui abordada, constatamos que, tendo em vista a natureza da atividade médica, a responsabilidade criminal daquele profissional, ao lado da civil e da ética, impõe-se como decorrência natural da garantia dos direitos fundamentais do homem, em prol deste e da própria sociedade.

Apesar do âmbito da atuação do médico, indispensável ao exercício da medicina, sua liberdade está, como em qualquer outra profissão, marcada por limites cuja ultrapassagem sujeitará aquele a sanções variadas, dentre as quais a penal. E não pode aquele profissional pretender se eximir daquelas sanções sob a alegação de desconhecimento da lei ou sob a simples alegação de erro médico.

O envolvimento processual de um médico pela prática de crime doloso ou culposos acarreta graves conseqüências, que repercutem até no exercício de sua profissão, da qual poderá ficar suspenso. A situação é agravada quando aquele chamamento judicial se opera em decorrência da prática de crime consubstanciado em imperícia constatada sua atuação profissional, pois certamente esse chamamento corresponde, por si só, a uma sanção que o atinge, de forma negativa, profissional, social e psicologicamente.

Busca-se, com esse instrumental jurídico, aprimorar a formação científica do profissional de saúde, sedimentar a relação de confiança que deve existir entre médico e paciente, bem como aperfeiçoar a qualidade técnica dos serviços prestados, evitando assim a ocorrência de justa causa para a instauração de processos criminais contra o médico.

## Notas

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Experiência e Cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Grijalbo; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1977. p.229-246.

<sup>2</sup> LIMA, J. B. de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 25-26.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 42.

<sup>4</sup> LIMA, J. B. de Souza. Op. cit. p.49.

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. 2, p. 15.

<sup>6</sup> CAMARGO, Luis Antonio. *A Responsabilidade Civil do Estado e o Erro Judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 11.

<sup>7</sup> FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. t. 1, p. 141.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 195.

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989. p. 148.

<sup>10</sup> PANASCO, Wanderley Lacerda. *Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 112. BRASIL. Leis, decretos etc. *Código Penal Militar*: Decreto-lei n. 1002, de 21 de outubro de 1969. Art. 29. BRASIL. Leis, decretos etc. *Código Penal*: Decreto-lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Art. 13.

<sup>11</sup> BRASIL. Leis, decretos etc. *Código Penal Militar*: Decreto-lei n. 1002, de 21 de outubro de 1969. Art. 33. BRASIL. Leis, decretos etc. *Código Penal*: Decreto-lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Art. 18.

<sup>12</sup> BRASIL. Leis, Decretos etc. Código de Processo Penal: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

<sup>13</sup> BRASIL. Leis, decretos etc. *Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

<sup>14</sup> BRASIL. Leis, decretos etc. *Código de Processo Civil*: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, publicada no Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973.

## Referências

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. 2.

LIMA, J. B. de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.  
MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989.  
PANASCO, Wanderley Lacerda. *Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.  
REALE, Miguel. *Experiência e Cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Grijalbo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.  
CAMARGO, Luís Antonio de. *A Responsabilidade Civil do Estado e o Erro Judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

### **Resumo**

A relevância e as características próprias da atuação do médico, bem como a evolução dos direitos e garantias democráticas do ser humano, impõem o afastamento de anterior imunidade daquele profissional escudada no erro médico, com exigência de sua responsabilidade subjetiva quanto às conseqüências danosas de atos por ele praticados no exercício da atividade médica. Os graves reflexos de uma condenação criminal em sua vida pessoal e profissional não objetivam sua destruição profissional, mas, seu aperfeiçoamento no campo científico escolhido, constituindo-se em defesa de direitos individuais fundamentais, inclusive do próprio médico e da sociedade globalmente considerada, tudo garantido pelo Estado por meio do Sistema Jurídico nacional positivado.

Palavras-chave: Atividade profissional do médico; Responsabilidade criminal; Ato ilícito; Erro médico; Processo criminal.

### **Abstract**

The relevance and the inherent characteristics of doctors, as well as the evolution of constitutional and democratic protection of human rights require, in the case of those professionals, the exemption of prior responsibility on the grounds of medical error, demanding their subjective responsibility in relation to the harmful consequences of acts carried out in the performance of the medical activity. The grave consequences of a criminal condemnation to one's personal and professional life does not aim at professional destruction but rather the progress in the scientific area, what, in turn, represents a way of protecting fundamental individual rights of the doctors and of society as a whole, as performed by the State through the national positive juridical system.

Key words: Doctor's professional activities; Criminal responsibility; Illicit act; Medical error; Criminal process.

### **Resumen**

La relevancia y las características propias de la actuación del médico, así como la evolución de los derechos y garantías democráticas del ser humano, imponen el retiro de anterior inmunidad de aquél profesional escudada en el error médico, con exigencia de su responsabilidad subjetiva en relación a las consecuencias dañosas de actos practicados por él en el ejercicio de la actividad médica. Los graves reflejos de una condenación criminal en su vida personal y profesional no objetivan su destrucción profesional, sino su perfeccionamiento en el campo científico elegido, lo que se constituye como defensa de derechos individuales fundamentales, incluso del propio médico y de la sociedad globalmente considerada, todo garantido por el Estado por medio del Sistema Jurídico nacional positivado.

Palabras clave: Actividad profesional del médico; Responsabilidad criminal; Acto ilícito; Error médico; Proceso criminal.



# COLABORAÇÃO DISCENTE



**Pietro Lemos Costa**

*Diretor de Ensino do Centro Acadêmico Josaphat Marinho. Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Direito da UPIS.*

## ***Discursos da soberania: a ideologia como ordem social forjada***

*Sumário: Introdução. Exposição histórica do termo soberania: um relato crítico. Conclusão.*

### **Introdução**

Este artigo é reflexo de uma pesquisa dos discursos da soberania prevalentes em alguns contextos da história político-jurídica da modernidade. Consubstanciados no estudo crítico de teorias pré-modernas e modernas, sustentamos que as idéias de soberania explicitam dogmas ou postulados, isto é, traduzem crenças arraigadas no imaginário das sociedades das sucessivas épocas tematizadas. Perseguimos, por este viés, uma compreensão “descontextualizada” do tema, visando identificar o solo comum dos discursos da soberania ao longo de sua evolução histórica. A soberania como crença provém, conforme tal raciocínio, da difusão de mitos, no sentido de discursos que, apesar do caráter notadamente ideológico, traduzem fórmulas de consenso proferidas e sancionadas como se refletissem verdades absolutas e incondicionais, como, v.g., a “vontade geral” e o “bem comum”. Termos como estes, pertencentes ao fundo comum da cultura de uma comunidade, são postos como objetivos e visam simular, mediante tal manipulação ideológica, a existência de um consenso ético. O artigo tematizará, contudo, apenas o discurso da soberania contextualizado nas teorias pré-modernas, especificamente, nas doutrinas teocráticas e democráticas.

Indaga-se: não seria a soberania um discurso de dominação do inconsciente coletivo, promotor da identificação do desejo da sociedade com um poder determinado? Um arquétipo junguiano, diretivo da psique social? Caracterizando a sociedade como o fez Castoriadis, ou seja, como um emaranhado de mitos, ficções e representações, uma macroinstituição, uma “instituição imaginária”, inclino-me a pensar que sim. Por oportuno, cumpre alertar que não se procurará aqui dilucidar todos os pressupostos e implicações dessa concepção teórica, mas apenas mencioná-la em sede de introdução, a fim de que o leitor possa se aperceber do horizonte conceitual que orienta o presente artigo. O soberano seria, nesse viés, uma microinstituição social, uma rede simbólica socialmente sancionada, encon-

trando sua fonte no imaginário, na imaginação produtiva, constituinte do mundo social. Cada sociedade define e consigna uma imagem do universo político-econômico e jurídico em que vive, apoiada em um conjunto significativo maleável, elaborado pelas forças sociais dominantes em cada contexto histórico.

Defendendo-se que a discursividade da soberania se apóia em mitos, ou seja, em categorias conceituais ideológicas, subjetivas, que aspiram ser sancionadas como descrições objetivas da soberania, como inferências lógicas da ordem social, vale dizer que a instituição da sociedade nos contextos históricos enfocados gera uma alienação, promovida por uma persuasão discursiva, na medida em que nela prevalecem como sendo real e natural certas relações sociais, as quais nada mais são, em verdade, do que relações imaginárias, produzidas pelo simbolismo da imaginação de determinados setores da sociedade os quais visam se constituir como poder, ou seja, tencionam se apoderar de seu discurso. As relações sociais são, assim, instituídas por ideologias. Ressalte-se que as ponderações feitas se pautam pela compreensão da ideologia como força motriz da estrutura de dominação assente no funcionamento da discursividade da soberania, ideologia que tem como sentido o desejo de dominar.

Os discursos que condicionam e controlam a discursividade da soberania empreendem a significação dos atos sociais, utilizando o poder simbólico e gregário da palavra, e a opressividade subjacente à linguagem, para classificar, normalizar e disciplinar, de modo a induzir os receptores do discurso da soberania a acreditar que a ordem social visada por determinados segmentos ideológicos corresponde a uma ordem natural, apriorística. Nesse viés, intentar-se-á, no presente trabalho, propugnar a vigência de uma cultura de soberania nos diversos contextos político-ideológicos da história política, fundamental para a sedimentação das ideologias como alicerces sólidos na construção imaginária de uma ordem social e de um poder soberano.

### **Exposição histórica do termo soberania: um relato crítico**

É pacífico, entre os historiadores de política e estudiosos, que, no final do século XIII, o termo soberania ostenta uma dilatada e elevada conotação, reproduzida nos termos *supremitas*, *majestas* e, precipuamente, *summa potestas*<sup>1</sup>. Inobstante, vale dizer que este último tem sua primeira aparição no idioma francês, no último quarto do século XIII, todavia o adjetivo “soberano”, que promana do latim medieval *superamus* (em latim clássico, *supremus*), existia no termo do século XII. De qualquer sorte, persiste originariamente a soberania como *superioritas*, isto é, como potência superior.

No fim do século XII, há um entrechoque de idéias entre legistas como Pierre du Bois, de teólogos como João de Paris e, no século XIV, de glosadores como Bártolo e Baldo, de maneira que uns propalam a independência do reino da França em face do imperador e do papa, e outros propugnam que o rei era imperador em seu reino: *rex est imperator in su regno*<sup>2</sup>. Tal preceito foi a pedra angular na construção do modelo da *suprema* ou *summa potestas*, identificando e imiscuindo a vontade do rei com a vontade da lei.

Ora, se o rei é o responsável pelo deslinde das leis, está submetido às suas estipulações, certo? Não era o que se compreendia. Da lei derivava sua *auctoritas*, como também da lei emanava a sua posição superior, paradoxal, de estar legalmente fora da lei, de ser um Deus feito homem: “*Princeps legibus solutus est*”, preceito acolhido no *De Monarchia*, de Dante (1311) e que repercutiu nas obras de Bodin e Hobbes<sup>3</sup>.

A origem jusnaturalista da soberania está consubstanciada nas doutrinas teocráticas, ou do Direito divino, as quais sustentam que todo o poder vem de Deus (*omnis potestas a Deo*). Malgrado as suas variações conteudísticas, é plenamente factível dividi-las em dois grupos: teorias do Direito divino sobrenatural e teorias do Direito divino providencial<sup>4</sup>. A primeira acentua que em Deus repousa a origem do poder, pelo que configura a causa primeira de todas as coisas. Logo, Deus criou o Estado e a autoridade, e a existência de uma hierarquia social é devida à vontade divina. Eis a doutrina, ao que parece, primitiva da Igreja Católica, apropriada pelos legistas reais, que manipularam seus pressupostos para embasar o poder dos reis. Nesse diapasão, Deus não criou o Estado e o poder apenas. Igualmente designou em cada sociedade política a pessoa que deve exercer o poder ou a família de onde deve advir o monarca.

A doutrina tradicional da Igreja Católica foi a de São Tomás de Aquino, assente na *Summa Theológica* e sustentada pelos teólogos Belarmino e Suárez. Três elementos são discernidos no bojo do poder, para São Tomás: o princípio, o modo e o uso. O princípio do poder dimana de Deus, ao passo que o modo e o uso promanam dos homens, do povo, da multidão, a quem compete ordenar o bem comum. Registra:

*“As leis positivas estabelecidas pelos homens são justas ou injustas. Quando justas, têm, pela lei eterna de onde derivam, a força de obrigar os homens, conforme a palavra da Escritura: É por mim que os reis reinam e os legisladores fazem leis justas. As leis opressivas, que impõem encargos injustos aos súditos, ultrapassam os limites do poder conferido por Deus, e não se é obrigado a respeitá-las, se se poder resisti-las sem escândalo ou males maiores”<sup>5</sup>.*

A teoria do Direito divino providencial, ao seu turno, preconiza que Deus intervéem indiretamente para indicar a pessoa que deve exercer o poder, dirigindo os acontecimentos mediante uma ação providencial. Essa doutrina se assemelha à de São Tomás.

A soberania externa foi a primeira a ser concebida em um viés jusnaturalista. De acordo com os historiadores do Direito Internacional, remontam as suas primeiras formulações aos teólogos espanhóis do século XVI: primeiramente, a Francisco de Vitória, seguido de Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar Ayala e Francisco Suárez. O seu pensamento afluí em um objetivo sobremodo pragmático: oferecer um fundamento jurídico à conquista do Novo Mundo, ocorrida subseqüentemente ao seu descobrimento<sup>6</sup>.

Vitória contestou, na Universidade de Salamanca, durante os anos 20 e 30 do século XVI, todos os títulos de legitimação que de início foram aduzidos pelos espanhóis para justificar a conquista: o direito de descobrimento, invocado por Colombo; a idéia de uma soberania universal do Império e da Igreja; o fato de que os índios fossem infiéis e pecadores; entre outros<sup>7</sup>.

A tais títulos, ele opôs a ordem mundial como sociedade natural de estados soberanos, a teorização de vários direitos naturais dos povos e estados e também a doutrina cristã da “guerra justa”, que sofreu uma redefinição, qual seja, uma sanção jurídica dirigida às *iniuriae* (ofensas) sofridas<sup>8</sup>. Depara-se com teorias que cimentaram o edifício principiológico do Direito Internacional moderno.

A representação da ordem mundial por Vitória como sociedade de *respublicae* (repúblicas) ou de estados soberanos, correlativamente livres e independentes, significa que os Estados são sujeitos a um mesmo direito das gentes, em nível externo, e às suas leis constitucionais, em nível interno. Doravante, tal idéia será ressaltada e retomada por Alberico Gentili e Grotius, os quais pontuarão que o *genus humanum* está inexoravelmente sujeito e adstrito ao *ius gentium* (Direito das gentes ou Direito internacional). Nesse instante, exsurge uma reviravolta de paradigma: a antiga idéia universalista da *communitas* medieval, submetida ao domínio universal do imperador e do papa, é transposta por aquela de uma sociedade interna de estados nacionais, concebidos como sujeitos juridicamente independentes uns dos outros, igualmente soberanos, contanto que subordinados ao direito das gentes, um quadro de referência único e soberano, por deter primazia. Nas palavras de Vitória, “o mundo inteiro detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como o são as do direito das gentes... E não é lícito que um único reino recuse ser regido pelo direito das gentes: pois este adveio da autoridade do mundo inteiro”<sup>9</sup>. O direito das gentes, afirma ainda, não retira sua força apenas do pacto e do acordo entre homens, mas tem também a força da lei.

A *communitas orbis* é um princípio fundante, no que respeita à idéia da soberania estatal externa, interpretada como um conjunto de direitos naturais dos povos que permite emprestar uma nova legitimação à conquista, consubstanciando o alicerce **ideológico** do caráter eurocêntrico do direito internacional, ao incorporar valores colonialistas como se fossem dados da natureza, regras subjacentes ao funcionamento da ordem universal, ou seja, como se axiomas fossem (proposições em si mesmo evidentes e indemonstráveis). Para o sistema de pensamento referido, realmente configura o conjunto de direitos naturais dos povos em apreço como ponto de partida para a ocupação européia e colonização. Eis aqui, pois, as origens não luminosas dos direitos naturais e o seu papel de legitimação ideológica de valores e interesses político-econômicos do mundo ocidental. Alguns desses “valores” foram sublinhados por Vitória e intitulados de direitos naturais, como o *ius peregrinandi* (direito de peregrinar), o *ius degendi* (direito de permanecer), o *ius occupationis* (direito de ocupação), o *ius commercii* (direito de comércio) e o *ius migrandi* (direito de migração).

É patente seu caráter assimétrico, que desmente e desconfigura a tão realçada universalidade do direito das gentes e a decorrente noção de bem comum, visto que somente os espanhóis têm condições de exercer aqueles<sup>10</sup>. Não obstante, Vitória atrelou a esses direitos humanos direitos naturais diversos, também assimétricos e falsamente liberais: o direito de anunciar e pregar o Evangelho e dever dos índios de não obstar-lhes o exercício, o direito-dever de proteger os convertidos de seus caciques e o direito de os espanhóis defenderem-se pela guerra. Isto posto, a guerra acabou sendo utilizada como sanção que busca garantir a efetividade do direito internacional, e essa configuração jurídica subsistirá incólume até o século XX, chegando até Kelsen<sup>11</sup>.

Vitória não foi moderno apenas em suas impositões teóricas sobre a ordem mundial, como também na sua concepção dos Estados como ordenamentos: as leis civis, na sua ótica, obrigam os legisladores e, sobretudo, os reis, que desta forma não são *legibus soluti* (livres da obediência às leis). Ademais, antecipou o princípio moderno da soberania popular, ao registrar que o príncipe recebe a autoridade da república e, portanto, deve usá-la para o seu bem. As leis devem ser promulgadas em prol do bem comum dos cidadãos.

Bodin se contrapôs a tal assertiva. A ele se deve a definição clássica da soberania como *summa in civis ac subditos legibusque soluta potestas* (o mais alto poder sobre os cidadãos e os súditos, livre da obediência às leis). Impende aduzir que, na segunda metade do século XVI, Jean Bodin, primeiro no *Methodus* de 1566, e depois, nos dez anos ulteriores, em sua obra *Seis Livros da República*, elaborou a noção de soberania no bojo da experiência política no reino da França e consagrou sua conotação conceitual na esfera jurídica<sup>12</sup>.

Já em 1562, em função de conflitos religiosos pujantes, o reino da França se encontrava ameaçado por uma tirania crescente, respaldada pela vontade de resistência popular dos huguenotes. Ora, desde a morte de Henrique II (1559), houve a colisão do lealismo monárquico (ortodoxia católica) com os huguenotes (protestantes)<sup>13</sup>. Cumpre esclarecer que Bodin se aliou ao lealismo monárquico.

O conceito de soberania foi na época deslindado a partir de uma conjuntura jurídica e histórica em que se observou a fragmentação da Europa em Estados nacionais, os quais desmembraram a *Respublica Christiana* e se opuseram ao poder do Imperador e à vontade de preeminência do poder dos príncipes, em cada um desses novos Estados, sobre o poder dos “corpos intermediários”, como o Senado e os Parlamentos<sup>14</sup>.

Bodin, tencionando colaborar para que a “Nave-República” mantivesse firme a sua estrutura e pudesse seguir com serenidade a sua rota, estudou o âmago das estruturas da República, “o governo reto de várias famílias e daquilo que lhes é comum como potência soberana<sup>15</sup>”, que se reconhece, segundo ele, na unidade da soberania.

Em virtude de sua formação ter se balizado no direito romano, Bodin se orientou explicitamente na noção de *imperium*, visando estudar a soberania. Estas raízes talvez remontem à dominação etrusca sobre Roma, contudo teve uma notável preponderância nas suas ilações a idéia do *merum imperium*, influenciado que foi pelos diversos comentários adicionados à passagem do texto do *Digesto* a que se refere<sup>16</sup>.

Esse conceito exprimia o poder de comando unitário do *princeps*. O Bodin historiador não descurou de estudar a controvérsia presentes desde os legistas do século XIII, recorrendo às avaliações de canonistas para conferir uma conotação jurídica à soberania, que se identifica para o mesmo como *plenitudo potestatis*.

Nessa circunstância, o aludido teórico preconizava que o poder soberano de um rei o tornava independente, superior a todas as autoridades subordinadas no *dominium* temporal. Ademais, o conceito de *summum imperium*, para Bodin, estaria no mesmo campo conotativo do termo “*status Reipublicae*”, que designa o “princípio” da República, a sua “forma” ou “alma”, ou seja, tratava-se da soberania.

O trabalho comparativo, qual seja, o exame de fragmentos da jurisprudência romana, compeliu à cobiçosa concepção de que a estrutura do Direito Romano e seus correlativos princípios jurídicos eram próximos de um Direito universal. Assim, intui-se que deveriam funcionar como arquétipos para a inteligência dos juristas e para a perpetuação de um governo reto (*legitima gubernatio*). Ora, nesse viés, não é razoável pensar que, ao defender o poder soberano como absoluto e não sujeito à resistência, esse seria o princípio fundamental do sistema que adveio da sua pretensão de existência de um Direito universal, ou seja, não seria essa premis-

sa, simultaneamente, a quilha da “Nave-República” e a quilha desse “novo sistema?” Eis aqui o ponto nodal do princípio de independência e onicompetência do Estado moderno.

Com altiva argúcia, pondera Simone Goyard-Fabre que Bodin, em sua teoria do direito e da soberania, não procura demonstrar a validade de sua referência a Deus: postula-a. Este postulado constitui a matriz primacial de sua teoria. Um postulado, destarte, ou é recusado ou aceito. Não constitui um problema, por ser inverificável. Sua sustentação se opera no plano da crença. O direito de soberania, *ipso facto*, tem um fundamento metajurídico<sup>17</sup>.

Pensada no modelo da *plenitudo potestatis* do papa, a *summa potestas* converte o soberano em um delegado, ou seja, em um lugar-tenente de Deus sobre a terra. “Não há nada maior sobre a terra, abaixo de Deus, que os príncipes soberanos, pois foi a divindade mesma quem os estabeleceu como seus lugar-tenentes para mandar nos outros homens”<sup>18</sup>.

Segundo o pensador em questão, os atributos essenciais do poder soberano eram os seguintes: nomear os mais altos magistrados; legislar; declarar a guerra e concluir a paz; julgar em última instância; ter direito de vida e morte nos casos em que a lei discriminava. O magistrado compunha a autoridade delegada (*ordinata*), a quem competia exercer o direito de soberania pertencente ao príncipe, ressaltando-se que nunca o magistrado possuía o *merum imperium* ou a *summa potestas*, uma vez que o poder e a função que lhe incumbiam foram recebidos temporariamente, e deveriam ser restituídos ao *princeps*<sup>19</sup>. A potência que seu cargo lhe conferia, logo, tornava-o comissário da Nave-República.

A autoridade soberana, para Bodin, é caracterizada por prerrogativas insuscetíveis de partilha ou delegação. Mais ainda: destaca com vigor que o poder de fazer as leis é o poder ao qual se subordinam necessariamente todos os outros, tratando-se de um poder de comando supremo<sup>20</sup>.

No Navio-República, a soberania não se limita por nenhuma redução cronológica. Transcende o tempo, como também a pessoa dos príncipes. Destarte, é propriedade da “pessoa pública” que o Estado é. O Estado, por metonímia, tem vontade objetiva<sup>21</sup>, e, assim sendo, o príncipe ou assembleia, detentor da potência soberana, não tem de prestar contas a ninguém, a não ser a Deus<sup>22</sup>, tanto que a majestade soberana pode dar leis aos súditos em geral sem seu consentimento, como também ab-rogar ou modificar as leis. Estas prerrogativas perfazem o caráter e conteúdo absoluto da soberania da República e implicam competência exclusiva. O soberano é, outrossim, livre em relação a leis, editos e ordenações por ele feitos, percepção calcada no princípio de Ulpiano, *Princeps legibus solutus est*.

É incontrastável a capacidade de decisão que a noção jurídica de soberania veicula analiticamente. Impende consignar, no viés posto, a soberania como poder de assumir compromissos independentemente da Constituição, da opinião do povo e instâncias inferiores, como o Senado, de modo que, se apresentar-se uma situação excepcional ou um caso de extrema necessidade, só ela possui competência decisória. Daqui deflui a definição de Schmitt: “*É soberano aquele que decide até mesmo numa situação excepcional*”<sup>23</sup>. Em conseqüência, a potência soberana se assenta numa competência decisória desvinculada de qualquer obrigação jurídico-normativa e na aptidão de se exercer fora da normalidade.

O distanciamento entre C. Schmitt e Bodin provém apenas quando aquele alega que, “para criar o direito, não há necessidade alguma de estar em seu direito”<sup>24</sup>, visto que Bodin rechaçaria contundentemente suspender os “princípios universais da natureza”, concebendo-os como alicerces da independência e onipotência do poder soberano.

Simone Goyard-Fabre aduz, com saliente pertinácia e eloqüência argumentativa, que a teoria bodiniana não é dirigida com intuito político, e sim jurídico. Discorda-se. O matiz assente na teoria de Bodin é tanto jurídico quanto político. Jurídico, porque a integralidade da sua obra tende a pontuar o direito de soberania, em virtude do lugar que ocupa no vasto *theatrum naturae*, como expressão no mundo dos homens de uma regra de composição da totalidade cósmica sobre a qual reina o Deus criador e organizador<sup>25</sup>. E essa expressão se explicita e se depreende pela indicação de exigências metajurídicas, portadoras, em sua subjacência, de um caráter ético e moral. A exigência de justiça é inerente às leis divinas da natureza e “tem o esplendor do sol”<sup>26</sup>.

No atinente ao sentido político, ressalte-se que o ser humano é um ser que se relaciona com o mundo e nele se realiza. Isto porque o homem só acontece nas vicissitudes e reveses do mundo, sendo um ser-no-mundo e com-o-mundo. Ora, é sabido que o mundo bodiniano era a França da segunda metade do século XVI e do século XVII, a qual vivia um drama histórico, em que se contemplava acirramentos de ordem religiosa. O pensamento de Bodin sofre, pois, o influxo da experiência política francesa. Esta é a sua inspiração, o móbil que conduz a sua engrenagem conceitual, inarredavelmente, porquanto nenhum raciocínio é purgado da ideologia – mesmo nas definições que se propugnam científicas “a valoração dos fatos ocorre sob a máscara de uma comprovação empírica, que permite a inclusão posterior desta suposta verificação como característica definitiva do termo posto em discussão. Ora, via de regra, os juízos de valor apresentam-se como afirmações sobre fatos”<sup>27</sup>. *Contrario sensu*, a ideologia punge todo e qualquer raciocínio,

compondo uma fístula, uma intrépida úlcera que dilacera a fisiologia e a fisionomia de todo discurso. A palavra viva proferida pelo discurso do lealismo monárquico (ortodoxia católica) foi vivida, logo, nas palavras de Jean Bodin, que cimentam seu edifício filosófico-jurídico.

Com a consolidação dos Estados nacionais, conseqüente da divisão da Europa em novos Estados soberanos, por sua vez devida à paz de Vestfália, de 1648, e sua autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, fundamentos da *Civitas Christiana*, procede-se, como é cediço, à total absolutização da soberania estatal, isto é, advém dessa circunstância a formação da idéia moderna do Estado como pessoa artificial<sup>28</sup>, fonte exclusiva do direito e simultaneamente livre do mesmo, não sofrendo autocoção. O caráter absoluto da soberania interna é teorizado com vigor por muitos doutrinadores, sendo que Hobbes vislumbra como seu único limite a lei natural, vista como princípio de razão. Hobbes foi o primeiro a formular a idéia do Estado-pessoa. Escreve na obra *Do Cidadão*: “Devemos dizer que este é uma única pessoa, cuja vontade, em virtude os pactos contraídos reciprocamente por muitos indivíduos, deve ser considerada como vontade de todos aqueles indivíduos, e, portanto, pode servir-se das forças e dos haveres individuais para a paz e a defesa comum”<sup>29</sup>.

Identificando, outrossim, a sociedade dos estados como um exemplo vívido do estado de natureza, Hobbes cita outro exemplo, o que sinaliza com mais robustez o condicionamento **ideológico** de suas premissas, qual seja, o estado “selvagem” e “brutal” no qual vivem as populações primitivas das Américas. Locke não é diferente, qualificando estes com “ávidos de sangue”, “insolentes e ultrajantes”<sup>30</sup>.

A filosofia política jusnaturalista inscreveu no código genético da *communitas orbis* a oposição entre “civildade” e “incivildade”, em que alguns Estados, os *moratiores* (mais civis) de Grotius, têm o direito-dever de civilizar o mundo ainda não civilizado<sup>31</sup>, ou seja, de impor, por meio das armas, da economia e da ideologia, a sua subserviência e, conseqüentemente, padronizar o seu *modus vivendi*.

Por ora, buscar-se-á frisar as premissas nucleares das doutrinas democráticas, quais sejam, a doutrina da soberania popular e a da soberania nacional. A primeira doutrina não tem por alvo apregoar uma forma republicana de governo, de forma que Thomas Hobbes (1588-1679) articulou, na teoria do contrato social, visando derivar da vontade popular a justificação do poder monárquico. Visou ao absolutismo do monarca<sup>32</sup>. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), ao seu turno, compatibilizou-a com todas as formas de governo, como se tencionasse retificar o equívoco perpetrado pelos que, no século XIX, associaram a democracia ao libera-

lismo, o qual se trata de uma de suas expressões, e aquela que com menos fidedignidade reproduz a imagem da vontade popular<sup>33</sup>. Aqui, visa-se ao absolutismo das massas<sup>34</sup>. Posto isso, doutrinas democráticas são as que atribuem ao povo, ou à nação, o poder político.

De fato, incontáveis são os autores que propalam, do século XVI em diante, essa idéia. Cuidar-se-á de apenas três, haja vista que a magnitude de seu pensamento atrai todo o pensamento político de seus contemporâneos. Além dos dois já explicitados, portanto, mais um escritor será aqui analisado. Trata-se de John Locke (1632-1704), autor de *Dois Tratados sobre o governo* e *Ensaio sobre o entendimento humano*.

*Ab initio*, convida-se a uma reflexão sobre Thomas Hobbes. Eis um filósofo inglês cuja vida se circunstanciou por um período de uma miríade de concepções políticas e religiosas, no qual palpitou a revolução puritana. Hobbes, como evidenciado, perquiriu consubstanciar uma doutrina do poder político que o convertesse em independente, incólume e superior aos dissabores de divergências religiosas. Aduz o filósofo que o homem, em épocas primitivas, vivia fora da sociedade, em estado de natureza. Dessarte, os homens eram iguais e egoístas, tendo os mesmos direitos naturais, e sem a égide de nenhuma autoridade ou lei. O homem era o lobo do homem (*homo homini lupus*). Imperavam, logo, a violência e a anarquia. Intentando deslindar esse período ininterrupto de violenta anarquia, os homens engendraram a Sociedade Política por um contrato, cedendo seus direitos naturais a um poder comum, a que se submetem por medo e que disciplina seus atos em benefício de todos<sup>35</sup>.

No viés posto, portanto, a soberania, antes assentada em todos os homens, passa a ser propriedade da autoridade criada pelo contrato político, um mandatário portador de poderes ilimitados, absolutos e insofismáveis, tanto em matérias espirituais quanto temporais. O Estado, *ipso facto*, foi o resultado do contrato. É o Leviatã, monstro gigantesco, simbolizado em Hobbes pelo indomável e terrível dragão bíblico, que intimida e impõe a submissão do homem. A política, na circunstância apreciada, situava-se em um patamar mais alto, acima da moral e da religião.

Os partidários da monarquia inglesa não receberam de imediato a teoria de Hobbes, na medida em que ela contrapunha, à teoria do Direito divino dos reis ao governo de seus Estados, a gênese popular do poder. No que respeita aos partidários do Parlamento, também a rechaçaram, pois eram posicionados contra o poder da coroa, e a teoria hobbesiana gerava o absolutismo dos monarcas.

Por ora, reflitemos sobre Locke. Em seu *Le gouvernement civil*, aceita a idéia de Hobbes do estado de natureza, porém imputa-lhe outra dimensão, ao conceber

que nessa época primitiva a ordem e a razão eram presentes. Inobstante, defende os homens como iguais, possuindo os mesmos direitos à vida, liberdade e propriedade.

A instabilidade e incerteza na sociedade primitiva defluiu da ausência de leis fundamentais e de uma autoridade que se incumba de apaziguar os conflitos, deslindando os litígios e defendendo o homem contra a injustiça dos mais fortes<sup>36</sup>, e isso funda a sociedade política, mediante um contrato. Assim, cria-se o Estado, competente para interpretar a Lei Natural e conservar a harmonia e ordem entre os homens. A maior diferenciação entre Locke e Hobbes talvez resida na premissa de que para Locke os homens não cedem seus direitos em favor do Estado. Eles são inalienáveis, e inexoravelmente, porquanto naturais, devem ser respeitados e salvaguardados pelo Estado. Afinal, este existe pelo consentimento explícito ou tácito dos indivíduos. Expresso, quanto aos que constituíram o contrato social, e tácito, para os seus descendentes.

Locke fez referência aos três poderes essenciais do Estado, o que inspirou a tão aclamada teoria de Montesquieu. A democracia é por ele vista como melhor forma de governo. A monarquia, por sua vez, só se admite com a elaboração das leis pelos representantes do povo. Este último tem a faculdade, em Locke, de dissolver o Parlamento e resistir ao comando de autoridades tirânicas.

Locke, em suas idéias, foi decisivo na consagração da declaração de independência e das Constituições dos Estados americanos. Sua arquitetura teórica, como é patente, apóia-se no pensamento liberal, de matiz indeclinavelmente individualista e burguesa.

Retomemos a análise de Rousseau, o pensador genebrino. O estado de natureza nele também encontrou acolhida, e com maior entusiasmo ainda. Nessa época, diz ele, o homem nasceu feliz, livre e bom. A sociedade foi que o perverteu, e o advento do progresso da civilização, na qual se constatou a divisão do trabalho e a propriedade privada, criou um hiato, um abismo entre ricos e pobres, poderosos e fracos. A sociedade política, a autoridade e o Estado são criados para manter a ordem e evitar maiores discrepâncias. O contrato, criador dessa nova ordem, é o instrumento que concretiza a cessão do homem ao Estado de direitos naturais, e essa cessão consubstancia uma organização com vontade própria, a vontade geral (*volonté generalé*).

Não obstante, Rousseau alerta que, dentro dessa organização, cada pessoa possui uma parcela do poder, da soberania, recuperando a liberdade perdida em decorrência do contrato social. Essa última concepção ele apresenta de modo confuso e desordenado. Ao perquirir, de outro lado, a definição da vontade geral, ora a identifica à soma de vontades individuais, ora lhe confere outra configuração.

Hodiernamente se entende a vontade geral como manifestação da soberania que se representa pela maioria. Rousseau, e isso consiste em uma das facetas de seu pensamento mais malsinadas, às vezes confunde vontade geral com a vontade de um pequeno número de homens esclarecidos. Tal raciocínio tende a desencadear o despotismo das massas ou de um grupo específico, ao conceder como origem e titular do poder a massa do povo, deixando-se dominar por contradições inextrincáveis. Entrementes, cumpre admoestar que essa doutrina germinou o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal, além de ter exercido uma influência perfunctória no desenvolvimento das idéias democráticas e das conquistas constitucionais dos séculos XIX e XX.

Empenharam-se os publicistas franceses da primeira fase da Revolução (1789 a 1791) em emprestar uma solução jurídica, política e social ao problema da soberania, atribuindo limitações à vontade popular, eis que os atributos derivados da posição de Rousseau eram aptos a conduzir à plenitude política das massas e, quiçá, ao despotismo e onipotência. Exsurge aqui a doutrina da soberania nacional.

Os responsáveis por encetar o movimento revolucionário contra a *ancién* regime permitiram ser instrumentos da burguesia (terceiro estado), ansiosa pelo domínio político da sociedade francesa, após três séculos de progresso econômico e de transformações nas relações de produção, malgrado ostentassem uma bandeira que proclamava ser o povo sua fonte de legitimidade.

Os poderes da Revolução fizeram, destarte, preponderar essa doutrina na Assembléia Constituinte. Reputa-se a nação, no enfoque adotado, como o corpo político atuante que detém exclusiva e unicamente a autoridade soberana. A nação e o povo consubstanciam uma única entidade, um ser personificado abstratamente e que se dota de vontade própria, superior às vontades individuais que o constituem e portador da soberania, exercendo-a por intermédio de seus representantes.

A mais saliente distinção entre as doutrinas democráticas da soberania reside nos efeitos da faculdade de participação política do eleitorado. A doutrina em apreço a limita, adstringindo-a àqueles que a nação investir na função de escolha dos governantes<sup>37</sup>. No que tange à teoria da soberania popular, a faculdade pertence a todos os cidadãos, pois do fato de que cada indivíduo porta uma parcela da soberania imana o direito de participação. O art. 3º. da Declaração de Direitos do Homem (1789) acentua que “o princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação”. O art. 1º., Título III, da Constituição francesa de 1791, ao seu turno, complementa essa disposição: “A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à nação, nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-lhe o exercício”.

Há autores que se debruçam na empresa de denegar a soberania. Concentremo-nos, por ora, na análise das teorias que maisinam as doutrinas as quais consideram a nação ou o povo a origem da soberania.

Bigne de Villeneuve, em seu *Traité General de l'Etat*, vol. I, p. 320 e segs., um dos mais recentes e, quiçá, mais pertinazes de seus representantes, pontua que as doutrinas defensoras da nação como origem da soberania partem do postulado de que dos homens são iguais, tendo direitos iguais a exercer o poder. Assim, a soberania reside na multidão, no povo. Todavia, insiste o teórico que o postulado aludido é indemonstrável e errôneo, haja vista que os homens nascem profusamente desiguais nas aptidões físicas, morais e intelectuais. As condições desiguais geram desigualdades de deveres e direitos<sup>38</sup>.

Observa Darcy Azambuja que de fato os homens nascem desiguais. Contudo, tal alegação não desestabiliza a estrutura-base das doutrinas da origem da soberania, as quais se voltam à igualdade de direito, e não de fato. Trata-se, na sua ótica, da única solução lógica exequível, pelo que, antes de os homens nascerem, não se pode dizer quais serão as suas aptidões para participar da soberania, além de ser lógico e justo que, *a priori*, todos sejam considerados virtualmente iguais.

Duguit também foi um crítico austero e acerbo da soberania. Saliente-se que se limitou a maisinar a soberania nacional e a soberania do Estado, em sua obra *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 112, 616 e segs.

De início, defende que soberania, poder político, poder estatal ou poder público são expressões que designam o mesmo fenômeno. Não concebe nenhuma distinção. Posto isso, expõe que o conceito de soberania nacional implica a existência de uma vontade superior e diferente da vontade dos indivíduos que a formam, eis que em última análise soberania exprime vontade autodeterminável.

Esse pressuposto, consoante o teórico em apreço, é indemonstrável. A nação não possui a vontade, que consiste num fenômeno psicológico processado unicamente nos indivíduos<sup>39</sup>. Destarte, a nação não pode ser o titular da soberania, por se tratar, nos moldes criados pela doutrina clássica, de uma hipótese metafísica, de um mito. Ela inexistente como personalidade, assim como o Estado, outra abstração, sem correspondência na realidade.

Duguit se empenha em explorar as contradições e impasses que vislumbra nos fundamentos da doutrina da soberania. Afirma que, sendo a soberania na doutrina clássica um poder que não reconhece outro superior, supremo e irresistível no interior do Estado e independente em relação aos demais Estados, procede-se à anulação do indivíduo e promove-se, por via oblíqua, o absolutismo. Se, todavia,

admite-se que o Estado está em posição de subordinação ao Direito, isto é, adstrito às leis que consigna, a soberania se desfigura, pois um poder que ratifica o poder da lei não é supremo, independente e irresistível<sup>40</sup>. Ou a soberania é suprema e ilimitada (absolutismo), ou o Estado é subordinado ao Direito, e não há mais soberania.

Convém salientar que o teórico repudia a soberania como direito, reconhecendo-a como fato, que se consubstancia na formulação e imposição de normas aos governados pelos governantes, detentores de maior força. O Estado, aqui, não é uma pessoa moral, mas uma diferenciação entre as relações de forças na sociedade, que gera a diferenciação no poder entre governantes e governados.

Duguit aduz, enfim, que “*a soberania é uma vontade, que tem como característica própria a de jamais se determinar senão por si mesma*”<sup>41</sup>.

Outro teórico importante e com viés crítico é Bigne de Villeneuve, que perfilha a concepção realista da soberania. No seu entender, a soberania não é um poder. Ela é a qualidade do poder, de ter a supremacia definitiva em um domínio específico<sup>42</sup>. Por conseguinte, outras sociedades também podem possuir, além do Estado, a soberania, como, v.g., a Igreja, nos assuntos de matiz espiritual. Tal análise acarreta, assim, a crença de que a soberania é desprovida de titular próprio, específico. A soberania, segundo os atributos adotados por Villeneuve, não é conciliável com nenhuma espécie de apropriação, sendo a sua existência dependente e acessória das características do poder de uma espécie de sociedade.

O Estado, no viés perfilhado, para que seu poder crie um *status* de soberania, precisa ter como prerrogativa a força, cuja teleologia é salvaguardar e custodiar o bem público, fonte da legitimidade do Estado. Essa força, outrossim, necessita se sobrepor aos indivíduos e a todas as modalidades de associação, pois realizar o bem comum demanda às vezes o seu emprego. Sem a força, pois, o Estado sairia de cena. Depreende-se, enfim, que os elementos basilares do Estado para concretizar seus fins são a força, a competência e a preocupação com o bem público (beneficência).

Azambuja explicitamente expõe sua aderência às proposições de Villeneuve, após resumidamente as comentar, como a seguir se testemunha:

*“A soberania, pois, não é o poder do Estado, mas uma qualidade desse poder; a de ser supremo e definitivo dentro do domínio que lhe é reservado e de acordo com as condições força, bem público e consequência. Sendo assim, todas as contradições que o conceito clássico de soberania levantava quanto aos seus atributos não têm agora razão de ser. Tal como ficou conceituada, a soberania é, e não poderia deixar de ser uma, indivisível, imprescritível e inalienável”*<sup>43</sup>.

Além das características supracitadas, Azambuja propugna que o poder soberano é absoluto, supremo, em seu domínio próprio, que é o bem comum e o bem da comunidade, isto é, da nação. A nação, por conseguinte, é o elemento humano que orienta o Estado e o impulsiona na sua atuação<sup>44</sup>, constituindo-o como personalidade moral e jurídica. Ora, o Estado representa a nação jurídica e politicamente organizada, o povo, de sorte que a vontade do Estado, em última análise, é a vontade do povo ou nação<sup>45</sup>. O Estado, enfim, é a fisionomia legal da nação, a sua expressão jurídica<sup>46</sup>, devendo respeitar, para conduzir bem sua ação, o Direito (ordenamento jurídico), a moral e os direitos naturais da pessoa humana, com o escopo de não periclitare a sua legitimidade.

## Conclusão

Sobreleva ressaltar a impotência e a insalubridade que detumesce a matriz clássica do conceito de soberania. Esta débil e debilitada conceptualização da soberania representa um corpo estranho ao organismo das sociedades hodiernas. Discriminar como as propriedades do fenómeno soberania o fato de ela ser absoluta, una, irresistível e indivisível consiste em um contra-senso e propicia um confronto entre a teoria e a realidade.

Apregoar a unidade da soberania na contemporaneidade significa ignorar a pluralização das fontes de autoridade e do Direito. De fato, presencia-se o advento de novas esferas de normatividade. Esferas marginais de comando, que emitem preceitos e instruem condutas específicas, além de distribuir competências. Cite-se, v.g., o tráfico de drogas. É uma Ordem Normativa marginal, um subsistema social que seleciona alternativas de comportamento ilícitas para o Direito, mas lícitas e válidas para si. Tem essa Ordem, inobstante, seguindo a estrutura conceitual de Niklas Luhmann, integrante da Escola Funcionalista da Sociologia Contemporânea, um repertório (possibilidades desejáveis), qual seja, a possibilidade de se conquistar, v.g., uma boa posição financeira e social, obtendo acesso a bons hospitais e escolas sem depender do Estado, que falhou nessa prestação; e uma estrutura (regras que asseveram o sistema contra a possibilidade de que venham a ocorrer outras alternativas, diferentes das do repertório). Uma regra inserta nesta parte da estrutura analítica da “norma jurídica do tráfico” é a corrupção dos agentes públicos, quando se fizer necessária, tencionando evitar um conflito contunente entre ordenamentos, que acarrete indesejável interferência e, como consecutório, na sobreposição do poder estatal e aplicação do seu *jus puniendi*. Outra regra é também a eliminação de qualquer ameaça no seio da comunidade,

porquanto a fidelidade é um princípio funcional. Como fica, pois, o atributo da irresistibilidade?

Incongruentes também se revelam as teorias democráticas. A Ordem Normativa do tráfico é a expressão jurídica e legítima dessa modalidade de nação. E, quanto ao Estado, pode-se sublinhar o mesmo? O Estado é a fisionomia legal da nação? Em seu bojo, habita a representatividade jurídica de uma nação? Crê-se que a nação pressupõe uma igualdade de fato. A igualdade de direitos nada mais é do que uma aspiração à igualdade de fato entre os cidadãos. Registra a nossa Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei”. Entrementes, é evidente a assimetria que existe nas condições de inserção entre os indivíduos, e isso reproduz a criminalidade. Ora, a ignorância é um dos fatores de incidência desta, a ignorância das leis do Estado, da cidadania e outros baluartes da democracia.

A desigualdade de condições de inserção na sociedade, reforçada pela dificuldade de muitos terem acesso e sequer conhecimento de seus deveres e direitos constitucionais fundamentais, como educação, saúde, moradia e emprego, não custodiados de fato, mas apenas virtualmente, consagra uma desigualdade de consciência e de parâmetros axiológicos e éticos, isto é, uma ruptura abrupta, uma fratura de identidade. Uma nação fraturada em seus princípios fundamentais não é uma nação de fato. Uma “nação” que se alicerça na igualdade de direitos, isto é, na premissa que virtualmente todos têm direito de participar da soberania, exercida pelo Estado em nome da nação e do bem público que a compõe, é uma nação virtual, “nação” que se mostra incompatível com o ser da nação, qual seja, ser política e juridicamente organizado. Ora, como é exequível existir o bem comum como elemento componente da nação, por sua vez elemento humano orientador do Estado, se não há uma harmonia de identidade, em função da desigualdade de parâmetros avaliativos? Há, pois, uma nação, como propugna a teoria da soberania nacional, ou uma pluralidade de nações no bojo de um ordenamento estatal? Se o bem comum não existe, como elemento componente da idéia de nação una, a qual pressupõe a existência de uma harmonia axiológica, pautando-se por valores que gozam de um reconhecimento geral, pode-se falar em soberania? E como se falar em vontade geral, deslocando-se à crítica da soberania popular? Intenta-se, enfim, indagar por oportuno não a existência do bem comum, mas a viabilidade como elemento da idéia de Estado – nação na configuração do mundo atual, um mundo permeado por diversos segmentos sociais, com distintas ideologias, indicadoras de novas sociabilidades. Disso defluiu o surgimento de novas identidades coletivas, ou seja, coletividades políticas e sujeitos coletivos que, a partir de suas próprias experiências, redefinem e produzem significações culturais, interesses, identidades e direitos.

A unidade também é afrontada pela divisão dos três Poderes, empreendida pelo filósofo francês Charles de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, em sua obra *L'esprit des lois* (1748), cujo intento foi demonstrar a ineficácia do absolutismo, preconizando o controle mútuo dos poderes públicos, salvaguardada a sua independência respectiva (doutrina dos *checks and balances*). O Estado democrático de Direito adota tal estrutura, e em seu bojo se constata, dessarte, uma pluralidade de vozes ditando o dever-ser. Essa divisão também avilta outro princípio fundante: a indivisibilidade (ou não-divisão de competência). Dividir a competência significa dividir a autoridade, e isso desfigura a idéia clássica de soberania.

A globalização econômica fez o sistema social perder o seu vértice, com o pluralismo das fontes do direito, dos interesses e das formas de autoridade. Em absoluto declínio se depara, pois, a matriz jusnaturalista do conceito de soberania, basilar para formar a concepção positivista do Estado. Ora, como aceitar passivamente a soberania com poder absoluto, se, nos últimos cinco séculos, assistiu-se, no interior dos Estados, à afirmação dos Estados democráticos e constitucionais e, externamente, à vertiginosa absolutização desse conceito? De fato, num Estado de direito, em que todos se submetem à lei, dissolve-se a soberania como poder isento às leis, porquanto os poderes se subordinam ao Direito. Outrossim, a globalização econômica tem demandado reformas estruturais, como descentralização e o evolver de agências reguladoras, além de privatizações e delegações de competência que destituem o caráter unitário e absoluto da soberania. O Estado deixa de ser definitivo e supremo em seu domínio, em razão do surgimento desse monstro colossal e desmedido, sem fronteiras, denominado globalização, que rompe os limites e fronteiras conceituais clássicos, regulando e dominando muitos territórios. A globalização não tem um *locus* preciso e específico de jurisdição e, neste viés, regulamenta diversos domínios, como a cultura, a economia, a política e o direito.

Por derradeiro, cumpre realçar onde repousa o conceito de soberania: ele se funda na ideologia. Trata-se unicamente de um arquétipo, ou seja, de uma estrutura ou disposição hereditária de reação<sup>47</sup> derivada das relações sociais, e sua imagem simbólica é expressa por lendas que pertencem ao fundo comum da comunidade<sup>48</sup>, nas palavras de Jung (1875-1961), psiquiatra e psicanalista suíço criador da teoria da totalidade do psiquismo<sup>49</sup>. Em Jung, além do consciente, cujo centro seria o ego – e considerando que seu conjunto de relações com o real forma a *persona* –, o inconsciente pessoal e coletivo também compõem o psiquismo<sup>50</sup>.

O inconsciente coletivo é estruturado por arquétipos, formas sem conteúdo próprio que servem para organizar ou canalizar o material psicológico<sup>51</sup>, e essa estrutura é propiciada pelas estruturas que conduzem a dinâmica das relações sociais. Ademais, vale salientar o conceito de inconsciente coletivo de uma forma mais nítida, e isso Jung nos auxilia a fazer, ao dizer que

*“o inconsciente coletivo é constituído numa proporção mínima, por conteúdos formados de maneira pessoal; não são aquisições individuais, são essencialmente os mesmos em qualquer lugar e não variam de homem para homem. Este inconsciente é como o ar, que é o mesmo em todo lugar, respirado por todo o mundo e não pertence a ninguém. Seus conteúdos (chamados arquétipos) são condições ou modelos prévios da formação psíquica em geral”<sup>52</sup>.*

A soberania é uma formulação conceitual contextual, que responde às necessidades de uma determinada ordem econômico-social. Basta analisar com minudência seus pressupostos de formalização. *Ipsa facto*, para argüir a soberania, em suas múltiplas conotações políticas, indeclinável é refletir a respeito da nação, da vontade geral, do bem comum, do Estado e dos atributos que perfazem o poder o qual se exerce perante a sociedade. Os atributos do poder do Estado já foram apropriadamente malsinados, e reproduzem a visão clássica. A nação, ao seu turno, é, como se dispôs, um arquétipo junguiano, ou seja, uma estrutura derivada da conjunção de imagens simbólicas, que são o vínculo e a identidade em nível moral, filosófico e político. A fusão desses componentes permearia o bem comum. Assim, nação é uma forma que compõe o inconsciente coletivo, expressa na imagem simbólica de lendas, isto é, de modelos ideais, mitos, aspirações e crenças. A crença não justificada, comumente aceita e que pode e deve ser questionada do ponto de vista filosófico, é uma das acepções do termo mito<sup>53</sup>. Como exemplo, além do bem comum e da vontade geral, citem-se a neutralidade científica e a superioridade da raça branca. Se a nação é uma aspiração, lícito concluir que a soberania também. Ora, os teóricos que a conceituaram aspiravam que a soberania se delimitasse nos termos de seus conceitos, isto é, acreditavam nas suas premissas, e disso dimana a conclusão que a sua aderência às mesmas derivava de sua crença, de sua fé, pois postularam-nas. Eis a soberania da ideologia, à qual nunca e em nenhuma hipótese se pode resistir, em face de seu caráter absoluto. Todo discurso é motivado por uma ideologia, qual seja, a que constitui o sistema de idéias de seu emissor. Ora, a linguagem é retórica, sua origem é a fala, é a inclinação a um auditório, o qual o

emissor visa persuadir. Persuasão, destarte, é um fato da linguagem, e não um artifício acessório.

O ser humano se relaciona com o que não pode provar empiricamente sustentado na crença. A soberania, pois, é um arquétipo, em suas diversas conotações na história política, um princípio que aprisiona a sociedade em uma cultura de soberania, por meio do controle de seu inconsciente, habitando em seu ser e estipulando sempre a existência de um eixo decisório principal que fundamenta as decisões de outros eixos de decisão, os quais dele derivam. Isto é capaz de gerar tanto a sensação de segurança da sociedade, inculcando-se a idéia de que há um centro de normatividade que regula o bem comum, quanto reforçar o senso de que existe uma neutralidade subjacente ao Ordenamento Normativo, seja ele vislumbrado como o eixo decisório principal ou o eixo de decisão acessório sancionado pelo principal (como, v.g., o rei, na época de Bodin). Em decorrência, a nossa *persona* (forma como nos apresentamos ao mundo e que nos permite relacionar com os outros)<sup>54</sup> é manipulada, afetando-se a nossa percepção pela instrumentalização de nossa situação psíquica total, a qual se processa pelo manejo e manuseio das imagens simbólicas (mitos), comportando os mesmos a sua expressão. Ressalte-se que o termo *persona* é derivado da palavra latina equivalente à máscara, que se refere às máscaras utilizadas pelos atores no drama grego para atribuir significado aos papéis representados.

Havendo certa comodidade teórica na comunidade doutrinária da filosofia político-jurídica, perscrutou-se, enfim, pontificar o posicionamento do autor, inlenso a tal inunções, de matiz acrítico, conservador e dogmático, de uma maneira “descontextualizada”, ou seja, privilegiando-se uma abordagem temática não presa a um determinado contexto histórico, mas atenta a diversos contextos ideológicos e políticos ao longo da história política, para, enfim, sinalizar que o tema soberania configura um arquétipo, exprimido pelos diversos mitos reinantes nos vários contextos da história política. Um arquétipo que conduziu a uma percepção unívoca: a pressuposição de que existe um vértice, um centro decisório superior que fundamenta todas as outras decisões. Um arquétipo que legitima essa cultura da soberania.

## Notas

<sup>1</sup> GOYARD - FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 116.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 117.

- <sup>3</sup> Ibid., p. 117.
- <sup>4</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000. p. 56.
- <sup>5</sup> AQUINO, S. Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. de Alexandre Correia. 1ª. parte da 2ª. parte, questão 96ª, art. 4. In: AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 57.
- <sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 5 – 6.
- <sup>7</sup> Ibid., p. 6.
- <sup>8</sup> Ibid., p. 7.
- <sup>9</sup> Ibid., p. 9.
- <sup>10</sup> Ibid., p. 11.
- <sup>11</sup> Ibid., p. 13.
- <sup>12</sup> GOYARD – FABRE, Simone. Op. cit., p. 118.
- <sup>13</sup> Ibid., p. 119.
- <sup>14</sup> Ibid., p. 120.
- <sup>15</sup> BODIN, Jean. *Méthode pour la connaissance facile de l'histoire*. In: GOYARD – FABRE, Simone. Op.cit., p. 121.
- <sup>16</sup> GOYARD – FABRE, Simone. Op.cit., p. 121.
- <sup>17</sup> Ibid., p. 139.
- <sup>18</sup> BODIN, Jean. *Six books of the common wealth*. Abidged and translation by M. J. Tooley. Oxford: Kemp Hall Bindery. 1995. livro I, cap. 10.
- <sup>19</sup> GOYARD – FABRE, Simone. Op. cit., p. 126.
- <sup>20</sup> Ibid., p. 127.
- <sup>21</sup> Ibid., p. 132.
- <sup>22</sup> BODIN, Jean. *La République*, I, VIII, p. 125. In: GOYARD – FABRE, Simone. Op. cit., p. 132.
- <sup>23</sup> SCHMITT, Carl. *Théologie politique*. Trad. de Gallimard, 1988. p. 15. In: GOYARD – FABRE, Simone. Op. cit., p. 135.
- <sup>24</sup> Ibid., pp. 207ss.
- <sup>25</sup> GOYARD – FABRE, Simone. Op. cit., p. 140.
- <sup>26</sup> BODIN, Jean. *La République*, II, III, p. 289. In: GOYARD – FABRE, Simone. op. cit., p. 142.

<sup>27</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 46.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 16 – 17.

<sup>29</sup> HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. bras. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. In: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 19.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 23.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>32</sup> AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 58.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 100.

<sup>34</sup> AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 58.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 132.

<sup>38</sup> AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 71.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 73

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>41</sup> DUGUIT. *Souveraineté et Liberté*. Paris: Alcan, 1922. p. 70. In: AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 75.

<sup>42</sup> AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 78.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>47</sup> JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 152.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>51</sup> FADIMAN, James; FRAGER, Robert. *Teorias da Personalidade*. Trad. de Camila Pedral Sampaio e Sybil Safdié. São Paulo: Harbra, 1986. p. 50.

<sup>52</sup> Ibid., p. 50.

<sup>53</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Op. cit., p. 184.

<sup>54</sup> FADIMAN, James; FRAGER, Robert. Op. cit., p. 53.

## Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BODIN, Jean. *Six books of the common wealth*. Abidged and translated by M. J. Tooley. Oxford: Kemp Hall Bindery, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FADIMAN, James; FRAGER, Robert. *Teorias da Personalidade*. Trad. de Camila Pedral Sampaio e Sybil Safdié. São Paulo: Harbra, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD - FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

## Resumo

O artigo tenciona empreender uma análise conceitual do tema soberania, atenta a diversos contextos ideológicos e políticos, a fim de demarcar uma proposição “descontextualizada” sobre a soberania, a qual tenha como marca conotativa o ponto de convergência dessas várias situações da história política. Defendida a soberania como um arquétipo junguiano, ela se expressa pelos distintos mitos prevalentes nas conjunturas da história política, e tal configuração confirma a tese de que sempre houve uma cultura de soberania.

Palavras-chave: Soberania; Proposição; História política; Contextos; Arquétipo; Cultura de soberania.

### **Abstract**

The article develops a conceptual analysis of sovereignty, considering diverse ideological and political contexts, attempting to develop a non contextual proposition on it having as its connotative feature the convergence of such varied situations along political history. If asserted as a Jung's archetype, sovereignty is expressed in distinct myths prevailing in the conjunctures of political history, thus confirming that there has always been a culture of sovereignty.

Key words: Sovereignty; Proposition; Political history; Contexts; Archtype; Culture of sovereignty.

### **Resumen**

El artículo presenta un análisis conceptual de la soberanía considerando diversos contextos ideológicos y políticos, para demarcar una proposición descontextualizada acerca de la misma y que tenga como característica conotativa la convergencia de variedad de situaciones de la historia política. Entendida como un prototipo jungiano, la soberanía expresase en los distintos mitos existentes en las coyunturas de la historia política, lo que corrobora la tesis de que siempre ha existido una cultura de soberanía.

Palabras clave: Soberanía; Proposición; Historia política; Contextos; Prototipos; Cultura de soberanía.



## **FORMANDOS - Turno Diurno**

### **Aldo Clístenes Sena Loiola**

TCC: Adoção de nascituro

Orientador: Prof. Albérico Santos Fonseca

### **Almira Rodrigues do Prado Teixeira**

TCC: Um estudo de caso sobre a degradação ambiental no município de Águas Lindas de Goiás.

Orientadora: Profa. Beatriz Emília Bartoly

### **Anderson Campos**

TCC: Recursos no processo do trabalho: aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

### **Daniele Nemésio de Albuquerque**

TCC: Os direitos sucessórios dos conviventes à luz das leis nº 8.971/94, 9.278/96 e do Novo Código Civil

Orientador: Prof. Albérico Santos Fonseca

### **Débora Solange Brey Camargo**

TCC: A influência da mídia na produção das normas penais

Orientador: Prof. Jairo Bisol

### **Flávia Simone Alves Rufino**

TCC: A informatização do processo civil

Orientador: Prof. Aiston Henrique de Souza

### **Geraldo Ananias Pinheiro**

TCC: O risco da morosidade nos Juizados Especiais Cíveis

Orientadora: Profa. Zilah Maria Callado Fadul Petersen

### **José Avelarque de Góis**

TCC: A coisa julgada penal: alteração da sentença penal com trânsito em julgado.

Orientadora: Profa. Zilah Maria Callado Fadul Petersen

**José Pascal Rios De Moreno**

TCC: Particularidades do recurso no Juizado Especial Federal

Orientador: Prof. João Carlos Souto

**Luciana Silva Moreira**

TCC: A agência reguladora e seu poder normativo no âmbito federal

Orientadora: Profa. Daisy de Asper y Valdés

**Magda da Cruz Aguiar de Carvalho**

TCC: A questão da soberania na visão dos contratualistas

Orientador: Prof. Carlos Aureliano Motta de Souza

**Mônica Maria Xavier de Araújo**

TCC: Responsabilidade extracontratual por atos jurisdicionais

Orientador: Prof. Jairo Bisol

**Polyana da Silva Souza**

TCC: As normas trabalhistas e a flexibilização

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

**Rayanna Lemes Werneck Rodrigues**

TCC: Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

**Ricardo Barbosa Campos**

TCC: Inquérito policial, uma nova perspectiva

Orientador: Prof. Alcides Martins

**Sandra Barros Pimenta**

TCC: A norma constitucional, o federalismo brasileiro e o equilíbrio federativo

Orientador: Prof. Jairo Bisol

## **FORMANDOS - Turno Noturno**

### **Alessandra da Silva Lemos**

TCC: Inimputabilidade do menor no Brasil

Orientadora: Profa. Alessandra de La Vega Miranda

### **Alessandro Santos da Rocha**

TCC: Os crimes omissivos impróprios no Direito Penal brasileiro

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

### **Bruno Silva**

TCC: Responsabilidade civil objetiva da União face aos acidentes automobilísticos decorrentes da negligência de seus agentes: um estudo de caso

Orientadora: Profa. Daisy de Asper y Valdés

### **Daniella Hammes Castro**

TCC: A responsabilidade civil do Estado na reparação dos danos morais face a suspensão dos serviços essenciais.

Orientador: Prof. Eduardo de Moraes Schlottfeldt

### **Demerval Silva Caixeta Junior**

TCC: A desconsideração da personalidade jurídica face ao Código de Defesa do Consumidor

Orientador: Prof. Carlos Aureliano Motta de Souza

### **Eluziene Lacerda Lima**

TCC: A repartição da competência constitucional no Direito Ambiental

Orientadora: Profa. Zilah Maria Callado Fadul Petersen

### **Fabiano Arsênio Soares**

TCC: A capacidade contributiva e a capacidade econômica na CPMF: seus aspectos principiológicos, doutrinários, legais, jurisprudências e críticos.

Orientador: Prof. João Carlos Souto

### **Gustavo Farias Gomes**

TCC: A autonomia das agências reguladoras tendo como consequência as limitações de competências do poder executivo

Orientadora: Profa. Daisy de Asper y Valdés

**José Arthur Bezerra Silva**

TCC:Agências reguladoras e limites da função reguladora e do poder normativo aplicados à aviação civil doméstica brasileira

Orientadora: Profa. Daisy de Asper y Valdés

**Katiane Tavares de Castro**

TCC:A cobrança pelo uso dos recursos hídricos na legislação pátria vigente

Orientador: Prof. Cláudio Pereira de Jesus

**Lawrence Giovanni Trombini Costa**

TCC:Lei de Responsabilidade Fiscal e o municipalismo brasileiro

Orientador: Prof. João Carlos Souto

**Leonardo Augusto Martins de Moura Fé**

TCC:Penas alternativas

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

**Líliam Helena de Lima Schlottfeldt**

TCC:O controle de constitucionalidade das omissões legislativas

Orientador: Prof. Carlos Aureliano Motta de Souza

**Márcia Mesquita Camargo**

TCC:As cláusulas abusivas nos contratos de plano de saúde: aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

Orientador: Prof. Carlos Aureliano Motta de Souza

**Olavo Silva Júnior**

TCC:Aquisição da propriedade imóvel por usucapião

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

**Raquel Piñón Fernández**

TCC:Ato infracional: medidas aplicáveis ao seu infrator.

Orientadora: Profa. Zilah Maria Callado Fadul Petersen

**Renata Filippi da Silva**

TCC:Reflexos do Novo Código Civil nos prazos do CDC

Orientador: Prof. Eduardo de Moraes Schlottfeldt

**Roberval José Resende Belinati**

TCC: Dano moral em um sistema judiciário conservador

Orientador: Prof. James Corrêa Caldas

**Rosa Márcia Rodrigues de Souza**

TCC: Ação Direta de Inconstitucionalidade

Orientadora: Profa. Zilah Maria Callado Fadul Petersen

**Sandra Reis de Miranda**

TCC: A colação e as dispensas nos casos de doação testamentária e doação inter-vivos

Orientador: Prof. João Carlos Souto

**Thamara Cupello de Medeiros**

TCC: Publicização na Administração Pública Federal: o papel das organizações sociais

Orientador: Prof. Daisy de Asper y Valdés

**Vilmar Pereira da Rocha**

TCC: O impacto da certificação digital nos negócios jurídicos

Orientador: Prof. João Carlos Souto

**Washington Luiz Paiva da Silva**

TCC: Guarda compartilhada no Direito de Família Brasileiro.

Orientador: Prof. João Carlos Souto

**Zilah de Magalhães Cyrino e Silva**

TCC: A ação civil pública na defesa dos interesses do consumidor

Orientador: Prof. Eduardo de Moraes Schlottfeldt



## Normas para os colaboradores

1. Os artigos devem conter em torno de 25 laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres.
2. Os originais devem ser encaminhados ao Editor, em disquete, programa Word 7.0 (ou 97), com uma cópia impressa. *Usar apenas formatação padrão.*
3. Os artigos devem estar acompanhados de resumos em português, espanhol e inglês, contendo aproximadamente cada um oitenta palavras.
4. Em seguida ao nome do autor, devem constar informações sobre a formação e a vinculação institucional, com o máximo de cinco linhas.
5. Notas, referências e bibliografia devem estar de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas e colocadas ao final do artigo.
6. Resenhas devem ter cerca de 75 linhas de 65 toques, ou seja, aproximadamente 4.900 caracteres.

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*  
***inconfidência***

**fores: (61) 552.4024 552.2510 fax: (61) 386.2350**  
**brasilã distrito federal**

Site: [www.graficainconfidencia.com.br](http://www.graficainconfidencia.com.br)  
E-mail: [graficainconfidencia@zaz.com.br](mailto:graficainconfidencia@zaz.com.br)