

Filipe Mendes Cavalcanti Leite
Adriana de Abreu Mascarenhas
Marília Marques Rêgo Vilhena
organizadores

DIREITO PRIVADO EM DEBATE

REFLEXÕES
DO I CICLO DE PALESTRAS
DE DIREITO PRIVADO

DIREITO PRIVADO EM DEBATE

REFLEXÕES
DO I CICLO DE PALESTRAS
DE DIREITO PRIVADO



Reitor
Vice-Reitora
Pró-Reitor PRPG

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

VALDINEY VELOSO GOUVEIA
LIANA FILGUEIRA ALBUQUERQUE
GUILHERME ATAÍDE DIAS



Direção de Administração
Direção de Editoração
Supervisão de Sistemas

EDITORA UFPB

NATANAEL ANTÔNIO DOS SANTOS
EVERTON NASCIMENTO
GEGÓRIO VASCONCELOS
ANA GABRIELLA CARVALHO

Conselho editorial

Cristiano das Neves Almeida | Ciências Exatas e da Natureza José
Humberto Vilar da Silva | Ciências Agrárias
Julio Afonso Sá de Pinho Neto | Ciência Sociais e Aplicadas Márcio
André Veras Machado | Ciência Sociais e Aplicadas Maria de Fátima
Alcântara Barros | Ciências da Saúde
Maria Patrícia Lopes Goldfarb | Ciências Humanas
Elaine Cristina Cintra | Linguística e das Letras
Regina Celi Mendes Pereira da Silva | Linguística e das Letras Ulrich
Vasconcelos da Rocha Gomes | Ciências Biológicas
Raphael Abrahão | Engenharias

Editora filiada à:



Filipe Mendes Cavalcanti Leite
Adriana de Abreu Mascarenhas
Marília Marques Rêgo Vilhena
organizadores

DIREITO PRIVADO EM DEBATE
REFLEXÕES DO I CICLO DE PALESTRAS
DE DIREITO PRIVADO

Editora UFPB
João Pessoa
2022

Direitos autorais 2022 – Editora UFPB
Efetuado o Depósito Legal na Biblioteca Nacional, conforme a Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.
TODOS OS DIREITOS RESERVADOS À EDITORA DA UFPB
É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.
A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.
O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do autor.

Design Editorial Editora UFPB
Projeto Gráfico Michele Holanda
Mônica Câmara
Imagem da Capa Karolina Grabowska (pexels)

Catálogo na fonte:
Biblioteca Central da Universidade Federal da Paraíba

D598 Direito privado em debate : reflexões do I ciclo de palestras de direito privado [recurso eletrônico] / Filipe Mendes Cavalcanti Leite, Adriana de Abreu Mascarenhas, Marília Marques Rêgo Vilhena (organizadores). - Dados eletrônicos - João Pessoa : Editora UFPB, 2022.

214 p. : il.

Recurso digital (12,1 MB)

Formato: e-book

Requisito do Sistema: Adobe Acrobat Reader

ISBN 978-65-5942-193-0

1. Direito civil. 2. Economia política. 3. Direito privado. 4. Hermenêutica jurídica. 5. Argumentação - Teorias. I. Leite, Filipe Mendes Cavalcanti. II. Mascarenhas, Adriana de Abreu. III. Vilhena, Marília Marques Rêgo. IV. Título.

UFPB/BC

CDU 347

Livro aprovado para publicação através do Edital Nº 01/2020/Editora Universitária/ UFPB - Programa de Publicação de E-books.

EDITORA UFPB Cidade Universitária, Campus I,
Prédio da editora Universitária, s/n
João Pessoa – PB
CEP 58.051-970
<http://www.editora.ufpb.br>
E-mail: editora@ufpb.br
Fone: (83) 3216.7147

Sumário

APRESENTAÇÃO7

Os organizadores

**RESPONSABILIDADE CIVIL E CARTÉIS: OS DESAFIOS DO ENFORCEMENT
PRIVADO CONCORRENCIAL 10**

Filipe Mendes Cavalcanti Leite

Adriana de Abreu Mascarenhas

Marília Marques Rêgo Vilhena

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E AS WRONGFUL ACTIONS:
UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DA CONCESSÃO DE DANOS MORAIS
NOS CASOS DE WRONGFUL BIRTH E DE WRONGFUL CONCEPTION27**

Pâmela Kelly Holanda Brito

Caroline Sátiro de Holanda

**INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE
CONSUMO 46**

Antônio Alves de Vasconcelos Filho

RECONSTRUÇÃO DE PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO DO BRASIL 63

José Mário da Silva Sousa Filho

**OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 81**

Julian Nogueira de Queiroz

**DIREITO À ALIMENTAÇÃO, AGROTÓXICOS E REGULAÇÃO:
O VENENO À MESA 88**

Maria Goretti Dal Bosco

**O SABER-FAZER DO JURISTA PRÁTICO COMO PARADIGMA
HERMENÊUTICO 110**

Alessandra Macedo Asfora

A DECISÃO JUDICIAL EM UM REGIME DEMOCRÁTICO: A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 489 DO CPC/15.....	127
<i>Anderson Barbosa Paz Gabriel Felix Menelau</i>	
AS CONTRADIÇÕES DA “TEORIA PURA DO DIREITO” DE HANS KELSEN	146
<i>Anna Luíza de Carvalho Lisboa</i>	
A PREFERÍVEL CONSTRUÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO JUDICIAL DE CONVENCIMENTO	161
<i>Isaac de Souza Soares Natália Freire Trajano da Costa Leite</i>	
ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA E O DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE A PARTIR DO MODELO DE POSNER	175
<i>Heloísa Toscano de Brito Primo Manuele Tavares de Azevedo Melo</i>	
O CRITÉRIO DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS NA DECISÃO JUDICIAL....	190
<i>Paulo Henrique Tavares da Silva</i>	
SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS	210

APRESENTAÇÃO

A presente obra surge como reflexo das constantes e fecundas atividades promovidas pelo Departamento de Direito Privado do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Nos idos finais de 2018, o Departamento de Direito Privado promoveu o primeiro Ciclo de Debates de Direito Privado, com o intuito de viabilizar a discussão de temas atuais e relevantes à sociedade, a partir de palestras de professores da casa e de trabalhos defendidos pelos discentes. Os temas aqui apresentados se entrelaçam pelo fio do Direito Privado. Os seis primeiros capítulos têm caráter mais técnico e abordam questões específicas que vão da Economia Política ao Direito Civil. Os seis últimos possuem viés mais propedêutico e refletem sobre a dinâmica decisional, transitando entre a Hermenêutica Jurídica e as Teorias da Argumentação.

O primeiro capítulo, versa sobre a responsabilidade civil quando da verificação da existência de cartéis. Ao refletir sobre as dificuldades de robustecimento do *enforcement* privado concorrencial no Brasil, o trabalho analisa a quantificação do dano e a dinâmica de propositura das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da Responsabilidade Civil Médica e o problema dos danos morais em decorrência das *wrongful actions*. Percebe-se a relevância da abordagem desenvolvida no texto a partir do alargamento da noção de dano moral, entendendo-o para além da percepção do sofrimento da vítima, adentrando-se à seara do direito da personalidade e da dignidade humana diante da violação de direitos reprodutivos.

Em seguida, vê-se a reflexão sobre a possibilidade de reversão da cláusula penal em contratos imobiliários de consumo, abordando aspectos relevantes sobre a judicialização em casos de atraso da entrega dos imóveis.

O livro prossegue com um capítulo sobre uma abordagem sociológica dos projetos de desenvolvimento do Brasil, a partir da reflexão acerca do capitalismo periférico latino-americano, ressaltando a necessidade da retomada do debate acerca da superação da dependência e das contradições estruturais da sociedade brasileira.

O capítulo seguinte aponta para a inconsistência constitucional existente no tocante a uma definição precisa do que venha a ser o serviço público, trazendo relevo para as diversas situações problemáticas que podem ser observadas a partir do emprego não técnico de noções arbitrárias acerca do que se configura como serviço público.

Posteriormente, chega-se a um debate importantíssimo sobre o Direito à Alimentação diante das recentes (des/re)regulações quanto ao uso de agrotóxicos. O texto transita por todos os marcos legais e técnicos que têm sofrido mudanças constantes nos últimos anos, apontando para as pressões e *lobbies* que objetivam expandir o uso indiscriminado de substâncias nocivas à saúde humana durante o processo de produção de alimentos.

O capítulo intitulado “O saber-fazer do jurista prático como paradigma hermenêutico” abre os debates acerca da hermenêutica jurídica, levantando a discussão sobre a abertura do agir do intérprete da norma a partir da liberdade que lhe é concedida pelos limites do próprio texto, em bases conceituais gadamerianas.

A seguir, tem-se a discussão sobre o dever de motivar, atribuído ao juiz pelo parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, apresentando as controvérsias a respeito da sua possível inconstitucionalidade, entendendo-se, no entanto, pela adequada imposição desse dever pelo diploma processual, a partir da necessidade de legitimação das decisões num Estado Democrático de Direito.

Em sequência, a obra traz um capítulo que revisita a mais clássica obra de Hans Kelsen, a Teoria Pura do Direito. O tão debatido autor austríaco nunca perde a atualidade de suas reflexões, trazendo a necessidade de entendimento acerca dos limites e contingências

dos seus escritos à luz das importantes interseções do Direito com as demais áreas das ciências humanas e sociais.

Posteriormente, chega-se ao capítulo que aborda a importância da construção da verossimilhança no processo judicial de convencimento, apontando para a dificuldade de construção de um equilíbrio retórico capaz de trazer soluções plausíveis à realidade artificial do Direito.

O texto segue, abordando, dessa vez, a adjudicação pragmática no Direito brasileiro a partir de reflexões fundamentadas no modelo proposto por Richard Posner, ressaltando a sua relevância em países de tradição federalista, com vistas, *in fine*, ao benefício da própria sociedade.

Por fim, a obra apresenta o capítulo “O critério das consequências práticas na decisão judicial”, que introduz o debate a respeito das recentes modificações havidas no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a partir da ótica do pragmatismo jurídico.

Espera-se que este livro possa servir para despertar curiosidades e acender o espírito crítico e investigativo dos leitores, apresentando-os reflexões necessárias aos dias atuais diante de temáticas de relevância incontestável como as que aqui se apresentam.

Os organizadores

RESPONSABILIDADE CIVIL E CARTÉIS: OS DESAFIOS DO *ENFORCEMENT* PRIVADO CONCORRENCIAL

Filipe Mendes Cavalcanti Leite
Adriana de Abreu Mascarenhas
Marília Marques Rêgo Vilhena

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece um rol bastante amplo de princípios atinentes à Ordem Econômica, elencando dentre eles a livre concorrência. A tutela da livre concorrência no Brasil tem recebido especial destaque nos últimos anos, por meio de revisões legislativas e do incremento da atuação da autoridade nacional antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Agindo no sentido de garantir a regulação da economia, com vistas à manutenção de um mercado saudável, o CADE tem firmado seu lugar dentre os mecanismos regulatórios de que se vale o Estado, consolidando, a cada decisão e acordo firmado, a certeza de que os agentes do mercado não poderão exercer condutas atentatórias à boa ambiência econômica e aos consumidores.

Nesse sentido, o conselho tem posto em marcha um conjunto de instrumentos que objetivam garantir a cooperação para descortinar e desbaratar cartéis, a exemplo do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação. No entanto, apenas as iniciativas estatais de manter as rédeas por sobre os malfeitos contra a ordem econômica já não são suficientes. É necessária a combinação de

esforços, possibilitando também aos particulares o ressarcimento pelos danos suportados em virtude da compra de produtos cartelizados. Assim, tem-se a congregação de esforços que pode levar a uma maior inibição dos agentes violadores quando da cogitação da prática de ilícitos concorrenciais.

Este trabalho tem por objetivo refletir acerca da responsabilidade civil concorrencial, demonstrando suas peculiaridades em relação ao enquadramento do dano concorrencial e da legitimidade ativa para propositura das ações. Será demonstrado o estado atual em que se encontra a defesa da concorrência pela via judicial, problematizando-se o acesso pelo judiciário aos dados produzidos nas ações do CADE, assim como será feita uma breve compilação de dados que mostrará a comparação entre o montante de decisões da esfera administrativa frente ao âmbito judicial. O intuito central é demonstrar que, apesar das dificuldades procedimentais que envolvem a quantificação do dano e o acesso aos dados dos cartéis, o *enforcement* privado, por meio das ARDCs, é fundamental como auxílio à atuação das autoridades públicas no zelo pelos princípios da ordem econômica preconizados na Constituição Federal.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO CONCORRENCIAL

A Constituição Federal de 1988 dedicou título específico à Ordem Econômica, estabelecendo diversos princípios a partir do art. 170 com o intuito de guiar a atividade econômica. O conjunto dessas disposições compõe o que, doutrinariamente, costuma-se chamar de Constituição Econômica. Santos, Gonçalves e Marques auxiliam a entender esse conceito quando asseguram que:

A constituição económica é o conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia, ou seja, a ordem constitucional da economia. Formalmente, é a parte económica da Constituição do Estado, onde está contido o “ordenamento essencial da atividade económica” desenvolvido pelos indivíduos, pelas pessoas colectivas ou pelo Estado. Esse ordenamento é basicamente constituído pelas liberdades, direitos, deveres e responsabilidades destas entidades no exercício daquela atividade. Neste sentido, a Constituição económica é conformadora das restantes normas da ordem jurídica da economia. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 2008, p. 31)

Segundo Souza (1999), a Ordem Económica e a Ordem Jurídica se relacionam e se afetam mutuamente. A Ordem Jurídica é permeável às demandas da Ordem Económica, sendo responsável por determinar os limites que indicarão quando um fato económico viola ou não os valores jurídicos da sociedade.

Assim, como dito, a Constituição de 1988 estabeleceu um extenso rol de princípios que teriam direta vinculação à dinâmica económica. Dentre esses princípios, o art. 170, IV fala na livre concorrência. A previsão contida no art. 170 deve ter sua hermenêutica combinada com o que está disposto no art. 173, §4º, uma vez que a Carta Maior indica que a legislação ordinária será responsável pela repressão ao abuso do poder económico que tenha por intuito a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Seguindo essa determinação constitucional, sobrevieram algumas leis que se ocuparam em dispor sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Atualmente em vigor, a Lei 12.529/11 trata sobre a estrutura do sistema concorrencial brasileiro e apresenta as ferramentas para a repressão às infrações contra a ordem económica. Dentre essas infrações, tem-se que os cartéis representam a mais

gravosa. Segundo Ana Paula Martinez (2013), cartéis são identificados como acordos, ajustes ou troca de informações acerca de aspectos comerciais relevantes entre concorrentes no mercado. Nesse sentido, Paula Forgioni (2016, p. 352) menciona que “os cartéis são acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles [...]”. Esse arranjo tem por intuito modificar, artificialmente, as condições de mercado, restringindo ou mesmo eliminando a concorrência. Há, nos cartéis, fixação de preços ou de condições de venda, além de restrições conjuntas da capacidade produtiva ou distributiva e a divisão dos mercados ou dos meios de abastecimento.

A Lei 12.529/11 estabelece, no seu art. 36, §3º limitações a condutas que representam infrações contra a ordem econômica, mencionando, expressamente, ações que impliquem em acordar, combinar manipular ou ajustar com o concorrente desde preço de bens ou serviços, até a participação orquestrada em licitações públicas.¹ Essas condutas simbolizam parte do guarda-chuva sob o qual se encontra a definição do que vem a ser um cartel.

Paula Forgioni (2016) aponta fatores que caracterizam a predisposição do mercado à cartelização, sendo eles: número de agentes econômicos; homogeneidade do produto; baixa elasticidade da procura em relação ao preço; existência de barreiras de entrada para novas empresas/investidores; mercado em retração e estruturas específicas

1 Art. 36, § 3º: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

dos mercados adquirentes do produto, uma vez que quanto menor for o número de compradores, mais visível o cartel se torna.

O zelo e fiscalização por uma boa ambiência econômica é uma incumbência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), convertido, desde 1994, como uma autarquia federal responsável pela investigação, processamento e julgamento, na esfera administrativa, dos malfeitos contra a ordem econômica.

O combate feito pelo CADE acontece como feição do Antitruste Sancionador, com enfoque direto nas condutas (cartéis, por exemplo) e, em menor grau, nas estruturas (fusões, por exemplo). A atuação punitiva acontece após o cometimento da infração e não quando da análise das estruturas que levaram à concentração do poder econômico por um determinado grupo empresarial, pois essa atuação é prévia ao acontecimento da ação. A Lei 12.529/11 fixa as penalidades diante da condenação de agentes econômicos em relação ao cometimento de atos violadores da ordem econômica. As penas elencadas no art. 37 são, em sua maioria, de natureza pecuniária – multas –, passando por publicação de trechos das sentenças do CADE na imprensa e proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações. Além das punições existentes na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, há a possibilidade de a conduta ser tipificada como crime, ensejando o trâmite de responsabilização criminal por sobre os agentes.

A dinâmica de fiscalização, apuração e punição dos cartéis é muito dificultosa à autoridade administrativa. O *enforcement* público de repressão a essas condutas não raro precisa se valer da implementação de alternativas como os Acordos de Leniência, pois uma das características principais dos cartéis é a sigilosidade de sua prática. As empresas muitas vezes engendram esquemas extremamente complexos para omitir e descaracterizar seus acertos e arranjos anticompetitivos. Nesse sentido, Salomi (2012) afirma que mesmo com o crescimento das sanções aplicadas e da adoção

de práticas de inspeção e busca e apreensão, os cartéis continuam difíceis de investigar. Assim, tem-se a esfera administrativa e a esfera penal atuando, algumas vezes de maneira conjunta, para investigar, desbaratar e punir desvios contra a ordem econômica.

No entanto, conforme Caselta (2015), o *enforcement* privado também pode auxiliar no sentido de construir uma atmosfera de respeito às determinações legais no que diz respeito à concorrência. Vale a pena lembrar sendo lesada a economia, são lesados, *in fine*, os consumidores, parte final dessa cadeia que começa com os produtores e fornecedores. Os indivíduos que compram produtos a preços cartelizados são os maiores prejudicados por esse tipo de prática. Assim, cabe também a eles a possibilidade de fortalecer os esforços destinados a manter o meio econômico mais saudável. A atuação dos consumidores frente a essas condutas pode ser tão ou mais difícil que a dos órgãos públicos competentes para esse desiderato. Contudo, os danos gerados pelos cartéis existem e são passíveis de reparação também pela via privada.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO CONCORRENCIAL – PREVISÃO LEGAL E LEGITIMIDADE ATIVA

O Código Civil traz no art. 927 que “que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Na esteira da previsão do diploma civilista, a Lei 12.529/11 também trouxe previsões de reparação àqueles que forem prejudicados por infrações contra a ordem econômica. Vale a pena frisar, no entanto, que essa previsão não é recente para a seara da concorrência. A Lei 8.884/94 já previa, em seu artigo 29 a possibilidade de reparação.

Faz-se aqui o destaque para o art. 47 da Lei 12.529/11, que assegura que:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Nesse sentido, Paula Forgioni (2016, p.161) diz que “a defesa da concorrência não se faz apenas no âmbito do CADE, mas também na esfera judicial, como bem explicita o art. 47 da Lei brasileira.” A autora ainda afirma que a associação entre o Código Civil e a Lei 12.529/11 deve ser buscada para as partes que se sintam prejudicadas por condutas violadoras da ordem econômica, nas suas palavras:

Sempre com base no art. 47 da Lei 12.529/11, bem assim nas regras gerais do Código Civil, as partes que experimentam prejuízo em decorrência de práticas empresariais que configuram atentado à ordem econômica possuem legitimidade para requerer, junto ao Poder Judiciário, a condenação das infratoras ao pagamento de perdas e danos. (FORGIONI, 2016, p. 161-162).

Dessa forma, haja vista a previsão legal, as partes poderão ingressar em juízo para requerer o ressarcimento das perdas e danos oriundos das condutas descritas no art. 37 da Lei 12.529/11. O mecanismo para tanto será a Ação de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDC).

Isso posto, questiona-se, agora, quem são os legitimados a pleitear esse direito perante o judiciário, seja por danos morais, seja por danos exclusivamente materiais. O próprio art. 47 já indica que

os prejudicados, por si, então empresas que compraram produtos a preços cartelizados e consumidores que suportaram o sobrepreço poderão demandar em juízo. Além desses, pelo diálogo com o Código do Consumidor, os entes federados e entidades da administração indireta que tenham observado a existência de cartéis em licitação, por exemplo, poderão também demandar em juízo a reparação, além do Ministério Público e de associações de defesa dos consumidores ou da ordem econômica nos casos das ações coletivas.

Quanto aos compradores, eles podem ser diretos ou indiretos – quando pensada uma cadeia de repasses – e a ambos é possível a reivindicação em juízo. Nesse sentido, Luiz Carlos Buchan (2006) afirma que ainda que o agente econômico que primeiramente pagou a mercadoria com preço cartelizado tenha transferido o preço para outro adquirente da cadeia econômica, isso não lhe retira a legitimidade para a defesa do seu direito. Buchan (2016, p. 147) ainda acrescenta que:

Os demais integrantes da cadeia econômica que sofrem o dano originalmente cometido por um agente remoto na cadeia econômica também possuem legitimidade ativa contra aquele, mas não contra os demais intermediário que também foram vítimas [...].

Por fim, questiona-se a legitimidade do CADE para a propositura de ação coletiva, tendo em vista ser uma autarquia federal. Divergências quanto à resposta a essa indagação existem, especialmente entre o âmbito teórico-doutrinário e a Procuradoria do CADE. Enxerga-se, no entanto, uma inclinação maior à exclusão do CADE do rol de legitimados, pois sua atuação enquanto órgão fiscalizatório e judicante ficaria prejudicada relativamente à imparcialidade. Esse posicionamento se sedimenta também em virtude do que preconiza o art. 118 da Lei 12.529/11, que trata da atuação do CADE em juízo, estabelecendo sua intervenção, quando quiser, como assistente.

Esclarecidas as questões relativas à previsão e à legitimidade para propositura da ARDC, passa-se agora ao debate acerca do dano concorrencial.

DANO CONCORRENCIAL

A existência de um cartel sempre toma por pressuposto um juízo de ponderação que vai indicar ao infrator se, diante dos meios persecutórios disponíveis, vale a pena a violação. Nesse sentido, trazer robustez ao *enforcement* privado, incentivando-o, pode ajudar a trazer insegurança ao infrator que toma por garantida a sua impunidade.

Inicialmente, cabe situar os pressupostos da responsabilidade civil. Flávio Tartuce (2017), elencando algumas divergências doutrinárias a respeito do assunto, afirma que, os pressupostos mais aceitos para a configuração da responsabilidade civil são: conduta, culpa genérica, nexo de causalidade e dano. O dano, para a caracterização da responsabilidade civil-concorrencial, merece especial destaque.

Assim, parte-se, aqui, da distinção entre dano-evento e dano-prejuízo. Segundo Silvano Flumignan (2008, p. 204), “dano-evento seria a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma. Já o dano-prejuízo é a consequência dessa lesão”. É importante deixar esclarecido que as searas administrativa e civil tutelam objetos jurídicos diferentes, uma vez que “enquanto o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência protege o ambiente concorrencial sadio, a responsabilidade civil decorrente de ilícito concorrencial se preocupa em tutelar a lesão – seja ela patrimonial ou não – decorrente destes ilícitos” (LAVORATO, 2017, p. 3). Sendo assim, valendo-se da noção de dano-prejuízo, pretende-se analisar o dano-prejuízo concorrencial sob a ótica material dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Como essas duas espécies seriam caracterizadas?

Imaginando-se um ilícito concorrencial, os danos emergentes estariam vinculados ao sobrepreço devidamente pago pelo consumidor de um produto cartelizado. Para que se consiga alcançar essa mensuração, indica-se calcular a diferença entre o valor cobrado pelo produto num ambiente econômico sadio (preço contrafactual) e o preço devidamente pago pelo consumidor no mercado cartelizado. Chegar a esse cálculo não é simples porque o valor de uma mercadoria comporta diversas variáveis e isolá-las do aumento provocado exclusivamente pelo cartel é tarefa bastante difícil².

Os lucros cessantes, por sua vez, segundo Lavorato (2017) estariam vinculados à diminuição da quantidade vendida por um agente intermediário quando repassa para o consumidor o preço de um insumo já adquirido a valores cartelizados. Para o âmbito administrativo do direito da concorrência, a comprovação e aferição do dano é dispensável, em virtude do enfoque nas condutas anticompetitivas. No entanto, essa averiguação é essencial para o âmbito cível, caso contrário estar-se-ia diante de uma hipótese de responsabilidade civil sem dano, o que não é o caso para o presente debate.

As determinações do art. 884 do Código Civil que impedem o enriquecimento sem causa limitam o *quantum* indenizatório, impossibilitando que a parte venha a auferir uma quantia não compatível com a que foi diretamente oriunda do dano havido. Entretanto, sabe-se que a reparação integral do dano pode servir também para inibir novas condutas atentatórias à livre concorrência. Nesse sentido, a reparação do dano tem certo caráter disciplinar e, na tradição americana ganha bastante protagonismo a partir da doutrina do *punitive damage*.

2 Carvalho (2019, p. 10) demonstra modelos de cálculos que auxiliam na tarefa de auferir os danos concorrenciais: “Os métodos comparativos baseiam-se num confronto entre a situação do mercado factual e uma situação de mercado contrafactual. Os métodos comparativos podem ser subdivididos em: a) comparação ao longo do tempo; b) comparação com um diferente, mas similar, mercado geográfico; c) comparação com um diferente, mas similar, mercado de produto; e d) comparação ao longo do tempo em mercados diferentes, mas similares, em área geográfica e produto.”

Na seara concorrencial, os Estados Unidos aplicam o *treble damages*, que garante a multiplicação por três dos valores apurados como prejuízo. No Brasil, O PLS nº 283/2016 busca estabelecer um fator de multiplicação que venha a estabelecer ressarcimento em dobro, no sentido de dissuadir a prática dos cartéis. O Texto desse projeto também estabelece as decisões do CADE como fundamento de tutela de evidência, mas sem gerar presunção absoluta no âmbito cível. O projeto foi encaminhado para a análise e votação na Câmara dos deputados (PL 11.275/2018), ainda não tendo sido pautado nessa Casa.

REALIDADE CONCORRENCIAL BRASILEIRA E DIFICULDADES DE CONSOLIDAÇÃO DO ENFORCEMENT PRIVADO

De acordo com o Relatório “Anuário CADE”, divulgado pela autoridade antitruste brasileira, em 2019 foram aplicadas multas que somaram o total de 792,5 milhões de reais, tendo sido as decisões do CADE confirmadas pelo judiciário em 65,25% dos casos contestados na justiça³. Além disso, 442 atos de concentração foram submetidos à análise do Conselho e 28 casos foram julgados, sendo 15 de cartel, 3 de influência à conduta comercial uniforme e 10 de condutas unilaterais. Os números são bastante positivos e demonstram que o órgão tem

3 Sobre as revisões pelo judiciário das decisões proferidas pelo CADE, os números apresentados são bastante razoáveis porque muito se alega sobre a insegurança jurídica oriunda desse tipo de intervenção. Em relação a isso, Maranhão et al. (2014, p. 25) argumentam que: Em relação à insegurança jurídica, medida pelo expressivo índice de alteração do status das decisões administrativas ao longo do processo judicial (suspensa, anulada, confirmada), quer por decisões finais, quer por decisões interlocutórias, os principais fatores que contribuem para esse quadro são: (i) a ausência de diretrizes para a concessão de medidas liminares, (ii) o sistema recursal complexo que possibilita a rediscussão da mesma questão sucessivas vezes no mesmo processo, (iii) a multiplicidade de ações com o mesmo objeto e, novamente, (iv) as dúvidas sobre o escopo da revisão.

conseguido manter um bom volume de trabalho, ampliando sua atuação e reconhecimento nacional e internacionalmente.

Os dados sobre a atuação da autoridade antitruste brasileira demonstram que o *enforcement* público se encontra satisfatoriamente operante na defesa da ordem econômica brasileira. No entanto, não há de se dizer da mesma robustez quando se vislumbra a atuação privada na mesma seara. Segundo Giovana Porto, no Brasil, de 1995 até 31 de agosto de 2017 foram identificadas penas 69 ações que continham reparação por dano moral e/ou material em decorrência de cartéis. De 2012 a 2014, foram realizados 96 Termos de Compromisso de Cessação (311,8 milhões de reais arrecadados) e 17 Acordos de Leniência.

A tradição brasileira vem consolidando o *enforcement* público. Do outro lado, o *enforcement* privado segue à sombra da atuação do CADE e do próprio Ministério Público. É de se imaginar que os indivíduos e as empresas que desejem ingressar no judiciário com uma ARDC enfrentem diversas dificuldades. Se a comprovação da existência dos cartéis já é difícil para os próprios órgãos públicos, aparelhados especificamente nesse intuito, quiçá para os entes privados.

Em virtude disso, tem-se, no Brasil, a cultura do *follow-on*, que consiste na abertura de ARDCs em momento posterior à investigação das condutas na esfera administrativa. Seguindo a produção de provas disponibilizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, as partes ingressam no judiciário, solicitando o ressarcimento de verbas indenizatórias que transcendem àquelas analisadas pela via administrativa. Sem isso, seria inviável e praticamente impossível o ingresso em juízo, uma vez que demandaria análises econômicas sofisticadas, capazes de comprovar desde onexo causal até o dano e a conduta.

Um fato interessante que tem sido enfrentado pelo CADE nos últimos anos é a potencial fragilização dos TCCs e dos Acordos de Leni-

ência frente ao incentivo à judicialização dos ilícitos concorrenciais. Essa questão é posta devido ao fato de empresas poderem colaborar com o CADE e terem seus benefícios pela via administrativa, mas podendo ver seu Histórico de Conduta compartilhado para as autoridades judiciais, a fim de fundamentar uma ação. Dessa forma, a primeira empresa a firmar um Acordo de Leniência poderia ser também a primeira a ter contra si um processo na esfera judicial.

Com o objetivo de dirimir esse tipo de ação, o Conselho criou a Resolução CADE nº 21/2018, com a intenção de manter a atratividade dos programas de acordos, especialmente por meio da preservação das provas e documentos sigilosos produzidos e entregues ao Conselho. Esse tipo de preservação termina representando uma exceção à publicidade dentro da administração pública.⁴

Por fim, percebe-se que a combinação entre os esforços empreendidos na área administrativa e os esforços judiciais podem levar a um ambiente de maior respeito aos princípios da ordem econômica constitucional. Nesse sentido, convém não olvidar que, por traz de um mercado em desequilíbrio há a figura do consumidor que sofre e suporta os efeitos dos ajustes concorrenciais. Nesse sentido é que a reunião de forças feita por todos os atores e todas as esferas de reparação se faz extremamente importante e necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto objetivou trazer algumas reflexões sobre o direito concursal, enfocando a combinação de esforços entre os

4 O judiciário tem sido instado a decidir sobre o acesso a documentos e informações em processos de reparação judicial como no caso que se segue: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

âmbitos públicos e privados com vistas à garantia de um ambiente econômico saudável.

Foi visto que a Constituição Federal traz a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, no entanto essa previsão dialoga diretamente com a necessidade de regulação do setor econômico e não de liberalização da atuação indiscriminada dos agentes econômicos no mercado. Economia e Direito se implicam e se influenciam mutuamente, mas é o Direito o responsável por traçar as molduras por entre as quais a Economia deve buscar se conter (ou ser contida).

Com vistas à concretização dessa matriz principiológica representada pelo que aqui foi chamado de Constituição Econômica, do ponto de vista público, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem atuado de maneira respeitável e eficiente, aplicando diversos instrumentos, a exemplo do Acordo de Leniência a fim de reduzir os cartéis e garantir condições saudáveis de funcionamento do mercado para os consumidores. Do ponto de vista privado, no entanto, as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais ainda são insipientes no judiciário brasileiro.

Apesar de previstas há mais de 20 anos na legislação nacional, as ARDCs encontram obstáculos para a sua plena utilização pelos particulares lesados por cartéis.

Uma das maiores dificuldades é a quantificação do dano sofrido. Embora o dano, para a via administrativa, possa ser presumido, uma vez que as condutas, por si, ensejam reparação e configuram os cartéis, dentro da dinâmica cível isso não é possível. Nesse sentido, foram demonstrados caminhos que podem servir de guia para o julgador, ou mesmo a parte, tentar dimensionar o dano suportado em decorrência de preços cartelizados.

Além disso, foi apontada a questão da legitimidade ativa para a propositura, na via judicial, das ARDCs, tendo sido apontadas outras questões sensíveis quanto à dinâmica de existência simultânea dos

instrumentos persecutórios e cooperativos do CADE e das ações engendradas pela via judicial e a necessidade de produção probatória numa seara tão difícil.

Ficou claro que mesmo sendo de difícil esquadramento técnico-jurídico, o dano pode ser comprovado e o nexo causal estabelecido em situações que são diretamente decorrentes de violações às regras concorrenciais. A despeito dessas dificuldades práticas, resta claro que não é justo que, pela existência de obstáculos procedimentais, diversos agentes passem ilesos às condutas danosas que puseram em prática.

Por fim, cabe sempre destacar que o mercado parece um ente abstrato, despossuído de materialidade, sem rosto ou forma. Contudo, o mercado é composto por todas as pessoas que nele se inserem diariamente, comprando, vendendo, investindo e esperando ver concretizados seus anseios mais imediatos. Dessa forma, é razoável que todos os esforços sejam empreendidos, sejam eles públicos ou privados, no sentido de garantir, *in fine*, a justiça econômica e social. Esse é o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e também deve ser o papel do *enforcement* privado quando da concretização de ações de reparação por danos concorrenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência... e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110_406.htm. Acesso em: 16 fev.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no RE nº1.554.984/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 20/02/2018. Data de publicação: 06/03/2018. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339861735/recurso-especial-resp-1554986-sp-2015-0219111-7/inteiro-teor-339861769>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BUCHAN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

CADE. **Anuário CADE 2019**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-anuario-sobre-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2019> Acesso em: 18 fev. 2020.

CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *na debeatur*. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, nº1, p 108-130, 2019.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes de cartel**. 2015. 203f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 15 fev. 2020.

FLUMIGNAN, Silvano. **Dano-evento e dano-prejuízo**. 2009. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/pt-br.php>. Acesso em: 16 fev. 2020.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAVORATO, Vinícius Uler. A responsabilidade civil concorrencial e a quantificação dos danos: alguns apontamentos introdutórios. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 101-124, 2017.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque *et al.* **Direito Regulatório e Concorrencial no poder judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

PORTO, Giovana Vieira (no prelo). As ações ajuizadas com pedido de indenização por dano de cartel: uma análise empírica do estado da arte no Brasil. **Revista do IBRAC**.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102011-085658/pt-br.php>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2008.

SOUZA, Washington Albino de. **Primeiras linhas de Direito Económico**. São Paulo: LTr, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E AS *WRONGFUL ACTIONS*: UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DA CONCESSÃO DE DANOS MORAIS NOS CASOS DE *WRONGFUL BIRTH* E DE *WRONGFUL CONCEPTION*

Pâmela Kelly Holanda Brito

Caroline Sátiro de Holanda

INTRODUÇÃO

Em sentido amplo, as *wrongful actions* referem-se às ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva, ensejadas pela violação aos direitos reprodutivos, estes diretamente relacionados à autodeterminação das mulheres. Existem diversas modalidades de *wrongful actions*, sendo as mais conhecidas: a *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy action* (ação por concepção ou gravidez indevida), a *wrongful birth action* (ação por nascimento indevido) e a *wrongful life action* (ação por vida indevida).

Como o próprio nome sugere, as ações por *wrongful conception* referem-se aos casos em ocorreu uma gravidez indevida, o que pode ser resultante de: a) erro médico na realização de cirurgias esterilizantes; b) inobservância do dever de informar o paciente acerca das especificidades envolvendo determinado método contraceptivo (PETEFFI DA SILVA, 2012); c) defeito do produto, como, por exemplo, o emblemático caso das pílulas anticoncepcionais de farinha;

e d) nos casos de aborto legal, por erro médico na realização da prática. Já as *wrongful birth actions* dizem respeito às ações pelas quais se busca a reparação pelo nascimento de crianças com más-formações congênitas que deveriam ter sido constatadas e informadas aos genitores, durante o acompanhamento médico pré-natal, o que teria viabilizado, oportunamente, a prática lícita do aborto eugênico. No Brasil, é possível citar como exemplo o nascimento de uma criança com anencefalia não diagnosticada ou não informada durante os exames pré-natais, o que teria impedido a realização do aborto ou da antecipação do parto, pela gestante. Por fim, as *wrongful life actions* constituem ações em que a própria pessoa que nasceu com a má-formação congênita requer indenização por considerar a própria vida indigna. Esta última é uma das ações que levanta mais polêmica, tanto na doutrina como nos tribunais de Direito Comparado⁵, o que não é objeto do presente artigo.

As ações de *wrongful conception* e de *wrongful birth* são extremamente polêmicas, em razão da crença de que uma gravidez e o conseqüente nascimento de uma criança, ainda que indevidos, são sempre uma bênção, jamais um dano. Inobstante este argumento denominado “evento abençoado”, estão cada vez mais comuns as vozes doutrinárias e jurisprudenciais em favor da indenização por danos materiais pela concepção e pelo nascimento indevidos. A maior polêmica, hoje, diz respeito ao cabimento ou não da indenização pelos danos morais, nos casos de concepção e de nascimento indevidos.

O presente artigo propõe-se, justamente, a examinar a adequação e a possível aplicação dos danos morais nos casos de *wrongful birth* e *wrongful conception*. Para tanto, em um primeiro momento,

5 Para um maior aprofundamento sobre a mencionada polêmica, sugere-se a leitura do seguinte artigo: HOLANDA, Caroline Sátiro. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de *wrongful birth* e *wrongful life*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e2a6330465_c8ffc>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

analisamos em que consiste o dano moral; depois, passaremos a avaliar a caracterização dos danos morais nas *wrongful birth actions*; por fim, passamos a estudar a evidenciação dos danos morais nas *wrongful conception actions*.

UMA CORRETA COMPREENSÃO ACERCA DOS DANOS MORAIS

Tradicionalmente, a doutrina civilista brasileira costumou conceituar danos morais de forma muito pouco técnica e precisa. Como afirma Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 116), “há conceitos para todos os gostos”. O autor registra a existência de um conceito negativo, segundo qual “dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial”, conceito que nada determina (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 116). Há ainda um conceito positivo, em que dano moral é a “dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 116). Este conceito também é problemático porque refere-se às emoções, que dado o seu caráter extremamente subjetivo, variam de pessoa a pessoa, além de não serem passíveis de averiguações por terceiros. Além disso, este conceito positivo, como ressaltado por Cavalieri (2015), exige uma reação psíquica da vítima, o que nem sempre pode ser possível de acontecer e, com isso, ter-se-ia inviabilizada a indenização por danos morais, citando como exemplo situações em que a vítima seria um bebê ou uma pessoa em coma. Por outro lado, sofrimento e a chamada “dor da alma” é inerente ao ser humano e ao fato de estar-se vivo, sem que a mera existência de tais emoções configure uma violação de direitos passível de reparação civil moral, daí a falta de precisão técnica no conceito tradicional positivo de dano moral.

Assim, reconhecendo a atecnia e a pouca precisão relativas aos tradicionais conceitos negativo e positivo do dano moral, Sérgio

Cavaliere Filho (2015) conceitua o dano moral em um sentido estrito e em um sentido amplo. Para o autor, “em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 117). Já em sentido amplo, “dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 119). Sendo assim, para que exista a configuração do dano moral, faz-se necessário demonstrar e caracterizar a existência da violação a um direito ou atributo da personalidade, o que redimensiona, na perspectiva técnica-jurídica, o conceito de dano moral. Em suma, para o autor, só há que se falar em dano moral quando houver agressão à dignidade ou a um atributo/direito da personalidade.

Por seu turno, José Américo Martins da Costa (*online*) leciona que “para que se possa falar em reparação por dano moral, é necessária a existência de uma lesão a qualquer dos direitos de personalidade da vítima”.

Sobre o conceito de dano, Jorge Sinde Monteiro, doutrinador português da escola de Coimbra, leciona:

O dano consiste numa lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido. Tratando-se de um interesse privado patrimonial, o correspondente prejuízo será avaliável em dinheiro, falando-se de um dano patrimonial; tratando-se de um interesse de outra natureza, em rigor insusceptível de avaliação pecuniária, o prejuízo designa-se como não patrimonial (vulgo dano moral) (MONTEIRO, 2005, p. 377).

Embora o doutrinador lusitano tenha sido bastante genérico na conceituação do dano moral, cumpre chamar atenção ao fato de que só existe dano ante à violação a um bem ou a um interesse protegido pela esfera jurídica. Assim, quando o interesse juridicamente violado for um direito ou um atributo da personalidade, cujo prejuízo não é apreciável em dinheiro, tem-se a caracterização dano moral. Registre-se,

portanto, que, na conceituação apresentada por Sinde Monteiro, para caracterização do dano moral, faz-se necessário apontar o interesse juridicamente protegido que fora violado. Logo, as meras “dores da alma” não podem ser consideradas como dano moral, sem que, por correspondência, não tenha violado um interesse protegido pelo direito.

Colocando em outras palavras, o ilícito civil pode ocasionar lesão ao patrimônio da vítima, gerando, com isso, danos materiais, os quais são perfeitamente aferíveis pecuniariamente, bem como ocasionar lesões não ao patrimônio, mas à dignidade ou aos atributos da personalidade da vítima, gerando os danos morais.

Por óbvio, ainda que não afete o patrimônio da vítima, os danos morais podem ser apreciados pecuniariamente, de forma que a lesão de natureza imaterial possa ser compensada por uma quantia em dinheiro, de forma a diminuir as consequências da lesão para a vítima.

Na perspectiva legal, o artigo 186, do Código Civil estabelece que: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito** e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifo nosso). Note-se que a ilicitude, conforme expressa determinação legal, constitui um dos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana. Não basta a existência de um dano para configuração do dever de indenizar, faz-se necessária que este prejuízo tenha sido decorrente da violação a um direito de outro. Desse modo, a indicação do direito violado é sempre um componente indispensável para fins de reparação civil. Retomando o que foi dito até aqui, quando o prejuízo da violação a um direito afetar o patrimônio da vítima, está-se diante de um dano material/patrimonial. Por outro lado, quando o prejuízo da lesão a um direito violar a dignidade ou os direitos e/ou atributos da personalidade, tem-se o dano moral.

Um mesmo evento lesivo pode provocar, ao mesmo tempo, danos materiais e danos moral. Para ilustrar a presente ilação, tome-se

como exemplo a destruição culposa da casa que servia de moradia de uma pessoa. Tem-se aqui o dano material vislumbrado na perda do patrimônio/casa, bem como o dano moral caracterizado pela violação ao direito à moradia, sem dúvida um direito afeito à personalidade e à dignidade da pessoa.

Outro exemplo constitui a lesão corporal culposa. Neste caso, o direito violado – o ilícito – foi o direito à integridade física, o que pode ensejar tanto dano material, caracterizado pela diminuição do patrimônio da vítima decorrente dos prejuízos pecuniários com o custo do tratamento da lesão, como dano moral, determinado pelos prejuízos inapreciáveis na perspectiva econômica. Aqui, como o ilícito constitui uma afronta a um direito da personalidade, o dano moral constitui uma consequência lógica. Quanto custa a lesão à integridade física? Não é possível apreciar o que representa para a vítima a violação da integridade física. Por isso, diz-se que é despidendo falar em dor, sofrimento, bastando mostrar a violação ao direito ou ao atributo da personalidade.

Diz-se, assim, que para haver uma indenização por danos morais deve-se, apenas, provar que o fato violador ao direito ou atributo da personalidade. Desse modo, o dano moral existe *in reipsa*, derivando do próprio fato lesivo, e quando provada a ofensa é evidenciado o dano moral. Acerca disso, no AgRg 106288, Relator o Ministro Sidnei Beneti, a Terceira Turma do STJ decidiu: “Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve provar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se o dano”.

Por fim, no que tange à determinação do valor da indenização as consequências da lesão moral irão servir de guia, o que varia de acordo com o caso concreto. Por exemplo, o valor da indenização por danos morais decorrentes de uma lesão corporal grave deve ser mais elevado do que o valor decorrente de uma lesão corporal leve.

Uma vez compreendido em que consiste o dano moral, passa-se a analisar sua eventual existência na concepção e no nascimento indevido.

OS DANOS MORAIS NAS *WRONGFUL BIRTH ACTIONS*

Como dito alhures, as *wrongful birth action* são as ações em que a genitora e/ou genitores ajuízam objetivando indenização por um nascimento indevido de uma criança com uma má-formação congênita. Neste caso, o nascimento ocorreu ou porque a dita má-formação não fora detectada ou porque não fora informada pelo médico responsável pelos exames pré-natais. Por oportuno, esclarece-se que a culpa do profissional é pressuposta. Assim, estas ações possuem como fundamento a teoria da perda de uma chance, partindo do princípio de que a genitora deu à luz a uma criança com deficiência, por não ter tido a possibilidade de exercer o aborto legal eugênico. Aliás, por sequer ter tomado ciência da má-formação, a genitora sequer teve a oportunidade de realizar escolha informada acerca da continuação ou da interrupção da gestação.

Nos tribunais estrangeiros, é admitida a concessão de danos materiais nas *wrongful birth actions*, sendo ainda bastante polêmica a procedência do pedido de indenização por danos morais. Como exemplo, tem-se o caso *Smith v. Cote*, julgado na Corte de New Hampshire, em 1986. A ação foi proposta contra o médico responsável pelo acompanhamento pré-natal, que descumpriu o seu dever de cuidado e informação ao não alertar a gestante acerca da possibilidade da criança nascer com deficiência, o que de fato ocorreu. Ao ser realizado um exame no segundo trimestre da gestação foi constatado que a gestante possuía rubéola e, em decorrência disso, a criança nasceu

com síndrome de rubéola congênita, com que ocasionava diversas deficiências congênitas do bebê.

Durante o processo, a mãe revelou que se tivesse sido informada das deficiências, ela teria optado pela realização do aborto. Quanto ao resultado do julgamento:

A Corte considerou que foi negligência médica no dever de informar à paciente sobre os riscos da criança nascer com uma deficiência e julgou procedente parte da demanda para indenizar pelos custos médicos e educacionais extraordinários em virtude da deficiência, no entanto, para os custos ordinários com a educação do filho, entenderam não caber reparação. Ademais, em relação aos abalos emocionais, a Corte decidiu que não há dano moral nos casos de wrongful birth (FLOOD, 2007, p. 11-12).

O tribunal não concedeu os danos morais, ao argumento de que haveria uma dificuldade inerente de mensurar tais danos e que, por isso, eles não deveriam ser considerados. No entanto, a dificuldade para quantificar danos morais existe em toda e qualquer situação, pois, justamente, por não envolverem questões patrimoniais, tais danos não são quantificáveis economicamente. Não obstante esta dificuldade, os danos morais devem ser compensados pecuniariamente.

No caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos (USSC) declarou inconstitucionais as leis que tornaram ilegal a realização de aborto no primeiro trimestre de gravidez e protegeu as escolhas das mulheres de realizar abortos. A corte levou em conta o direito implícito à privacidade, previsto pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos (ANTONIOS, 2011). Segue:

Right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the district court

determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy (ANZALONET, 1787-2001, p. 308).⁶

Sendo assim, o aborto – em casos específicos – constitui uma prática lícita, nos Estados Unidos, desde a década de 1970. Com base nisso, é possível afirmar que o aborto constitui um direito das mulheres, direito relacionando aos direitos reprodutivos e aos direitos da personalidade, como a autodeterminação. Sendo assim, a não concessão de dano moral nas *wrongful birth actions* representa o desrespeito a um direito amparado pela Constituição Americana. Tal violação não apenas envolve os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, como sua autodeterminação e sua dignidade, além de outros aspectos inerentes à sua personalidade, o que constitui a presença do dano moral.

Na Europa, o aborto é legalizado em praticamente todos os países. Em Portugal, essa prática vem sendo admitida desde a promulgação da Lei n. 16/2007. Essa lei estabelece claramente a possibilidade de realização do aborto quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizado nas primeiras 24 semanas de gravidez, [...]”. Sendo o aborto lícito, é possível considerá-lo um direito reprodutivo da mulher, motivo pelo qual não haveria sentido em negar danos morais em ações de *wrongful birth*, na Europa.

Embora o debate acerca da concessão de direitos morais nos casos de *wrongful birth* seja polêmico, é possível encontrar alguns tribunais cujos entendimentos mais recentes têm sido no sentido de considerar procedente a concessão de danos morais nesses casos,

⁶ O direito à privacidade, seja ele fundado pelo conceito de liberdade e restrição por ação do Estado da 14ª Emenda, como nós achamos que seja, ou, como o tribunal distrital determinou, pela nona Emenda que faz uma reserva de direitos para o povo, é amplo o suficiente para envolver a decisão da mulher se ela deve ou não por fim a sua gravidez (tradução livre).

como ocorreu nos casos *Barder v. Johnson* e *Duplan v. Harper*, nos quais o requerimento de dano moral fundamentou-se na expectativa frustrada dos pais.

O caso *Barder v. Johnson* diz respeito ao nascimento de uma criança com hidrocefalia, que veio a falecer algum tempo depois de parto. Neste caso, a gestante não teve a oportunidade de realizar o aborto eugênico (SOUZA, 2010). A omissão da informação, durante os exames pré-natais, a impediu de realizar um aborto, pois quando foi informada da deficiência do feto, já era tarde para realizar qualquer procedimento de interrupção da gravidez. A ação movida contra o médico que realizou o exame e a instituição hospitalar teve como resultado, dentre outros custos, a indenização pelo dano moral e pelo sofrimento espiritual sofrido pelos pais (MEDINA, 2008).

Nesse caso, o tribunal entendeu que a concessão dos danos se traduzia na incapacidade do casal de interromper a gravidez e conseqüentemente ter que criar uma criança deficiente. Este seria um grande impacto para eles materialmente, mas também psicologicamente, ocasionando um sentimento de frustração e indignação, pois a lesão poderia ter sido prevista e informada, e mais tarde, o sofrimento dos pais pela perda do filho, motivos que para a corte foram suficientes para a concessão dos danos morais.

O caso *Duplan v. Harper* é muito semelhante ao caso anterior, pois também adveio da falta de informação do resultado de um exame. A diferença aqui reside no fato de que neste caso foi realizado um exame para averiguar se a gestante possuía uma infecção pelo citomegalovirus e, ao revelar o resultado ao casal a enfermeira afirmou que o resultado positivo indicava que o feto não havia contraído a doença, quando na verdade o resultado do exame indicava o contrário. Ao ser constatado que se o casal soubesse da doença do filho optaria pelo aborto, no julgamento pela Corte de Apelação dos Estados Unidos decidiu-se pela procedência do pedido dos Duplan, o que ocasionou

a condenação, dentre outros pagamentos, de \$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) por danos morais.

O tribunal entendeu que deveriam ser concedidos danos morais aos pais pelas expectativas frustradas com o dever de cuidado e informação mal prestados, pela impossibilidade de interromper a gravidez e por todo o sofrimento e desgaste psicológico envolvendo a criação de um filho deficiente.

Embora as possibilidades de realização de aborto no Brasil sejam poucas, tornando a discussão sobre as *wrongful actions* no país bastante limitadas, a jurisprudência brasileira de certo modo segue um entendimento similar ao dos tribunais estrangeiros. Destarte, o Supremo Tribunal de Justiça, em um julgamento realizado em 2011, entendeu que os exames de acompanhamento pré-natal errôneos devem ensejar danos morais:

No que pertine ao fato ensejador do pedido indenizatório em si mesmo, corroboro do entendimento adotado pela MM Juíza a quo de que o médico apelante não agiu com o cuidado devido ao diagnosticar gestação gemelar, quando havia apenas um único feto, após a feitura de duas ultrassonografias, realizadas no sexto e no oitavo mês de prenhez. (...) Quanto ao dano sofrido pelos apelados, entendo presente, na medida em que estes sabendo da gravidez de gêmeos, organizaram-se, materialmente, para a vinda dos filhos, inclusive recebendo doações das pessoas, levando-se e, conta a parca situação financeira que são acometidos, acrescido da frustração decorrente de ter tomado reconhecimento no dia do parto de que somente nasceu um bebê, restando a dúvida de que o outro recém-nascido era natimorto (BENETTI, 2008, *on-line*).

Em razão dos argumentos apresentados no voto do Relator, o Superior Tribunal de Justiça resolveu considerar que “o erro no

diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização”. Por esse motivo, a Terceira Turma decidiu fixar o valor dos danos morais em 200 salários-mínimos, o que segundo corresponde ao valor que melhor se adéqua à hipótese dos autos.

Nos casos de *wrongful birth*, existe o dano moral, posto que fora tolhido da genitora o direito à informação, o que, por seu turno, retirou-lhe o direito de decidir ou não pela realização de um aborto legal eugênico. No Brasil, o aborto eugênico é cabível nos casos de anencefalia fetal e constitui um direito reprodutivo da mulher grávida, direito este afeito à personalidade. Logo, havendo violação ao direito da personalidade da mulher, está configurado o dano moral. Nesses casos, são levados em consideração, portanto, o direito à informação e os direitos reprodutivos negativos dos genitores – direito a interromper uma gravidez, diante de uma má-formação congênita. Assim, o que está em cheque é o direito dos pais de interrupção da gravidez e, por esse motivo, a avaliação do que seria dano nesse caso cabe a eles.

OS DANOS MORAIS NAS *WRONGFUL CONCEPTION ACTIONS*

Como já apresentado, as *wrongful conception* são “ações reparatórias em que os pais se queixam da falha do método contraceptivo empregado por eles, redundando no nascimento indesejado de um filho saudável” (CARNAÚBA, 2016, p. 4). Mais do que gerar um filho indesejável, o que se está em jogo, aqui, é uma gestação indevida, já que houve erro no método contraceptivo adotado.

Na Europa, alguns tribunais têm entendido pelo cabimento dos danos morais nas *wrongful conception actions*, a exemplo do Direito francês, em que somente os danos morais são concedidos, como forma de compensação pelo sofrimento causado aos genitores

(CARNAÚBA, 2016, p.4). Não obstante, alguns tribunais da França tampouco consideram concedem a indenização pelo dano moral, pois partem da premissa de que o nascimento de uma criança é sempre um acontecimento feliz e os pais não deveriam ser indenizados por isso. Este argumento fundamenta-se na teoria do evento abençoado, pensamento conservador apresentado em alguns tribunais.

No Reino Unido, a jurisprudência também se assemelha ao entendimento majoritário na França. Para os tribunais ingleses, “os responsáveis pelo erro médico estariam obrigados apenas a indenizar a mulher pelas dores e sofrimentos que ela experimentou em decorrência da gestação involuntária” (CARNAÚBA, p. 2).

Rafael Peteffi da Silva (2011, *online*) registra que a jurisprudência norte-americana majoritária tem concedido a reparação pelos danos morais e pelos danos materiais, decorrentes dos prejuízos patrimoniais relativos aos custos médicos com o parto e com o método contraceptivo ou abortivo frustrado, bem como pela diminuição dos ganhos dos pais devidos a gestação. Porém, o mesmo autor ressalta que a indenização pelos custos coma criação da criança pertence a uma parte minoritária das decisões judiciais (SILVA, 2011, *on-line*).

Em sua tese de doutorado sobre a temática, Daniel Amaral Carnaúba esclarece que, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem posicionado-se favorável à indenização pelo nascimento indevido. Além disso, este mesmo STJ não impôs qualquer restrição quanto às espécies de prejuízos reparáveis (CARNAÚBA, 2016, p. 1).

No Brasil, no final dos anos 1990, um episódio sobre concepção indevida ficou bastante conhecido nacionalmente. Trata-se do famoso “caso das pílulas de farinha”, em que o anticoncepcional Microvlar, mesmo sem apresentar o princípio ativo, foi colocado no mercado e consumido por mulheres, levando muitas delas a engravidar, indevidamente. Analisado pelo Poder Judiciário brasileiro, o fato foi levado até o STJ e esta corte julgou procedente o pedido de compensação pelos danos morais. Em sua defesa, a indústria

farmacêutica argumentou que a grande maioria das gravidezes indesejadas ocasiona sentimentos positivos, motivo pelo qual não caberia a indenização por danos morais. Refutando tal consideração, vale transcrever parte do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi:

De forma muito breve, deve-se anotar, apenas a bem da verdade, que o produto por ela fabricado é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez; portanto, a mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais. O argumento da Schering, da forma irrestrita como está exposto, leva ao paradoxo de se ter uma empresa produtora de anticoncepcionais defendendo que seu produto não deveria ser consumido, pois a maternidade, ainda que indesejada, é associada à ideia de felicidade feminina (STJ, *on-line*).

Em outro julgado, igualmente sobre as pílulas de farinha (Recurso Especial nº 1096325/SP), o mesmo STJ também condenou a ré à indenização pelos os danos morais. Para o Tribunal:

O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá

ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais (STJ, *on-line*).

De fato, uma vez que foram violados os direitos reprodutivos da mulher, direito estes que se relacionam diretamente à dignidade e à autodeterminação da pessoa, restam configurados os danos morais. Para afastar a indenização por danos, nas *wrongful conceptions*, entende-se que a vida humana não pode ser considerada um dano – trata-se do chamado argumento do “evento abençoado”. Considerar que a vida humana é sempre uma bênção e nunca um dano significa romantizar a filiação e todos os encargos pessoais e financeiros que ela traz consigo. Conforme uma das coautoras já teve oportunidade de analisar:

O argumento baseia-se na falsa ideia de que a parentalidade constitui uma função sublime, realizadora, recompensatória e, sobretudo, feliz. Na realidade, a parentalidade consiste em uma responsabilidade extremamente pesada e exaustiva e, nem sempre, bem-sucedida. As frustrações e os sentimentos de culpa parecem fazer parte da vida daqueles que exercem parentalidade, especialmente, das mães. Estudos apontam a forte relação entre depressão e o exercício da maternidade, em razão da projeção idealizada desta função. Mesmo quando os filhos são desejados, planejados e, ansiosamente, aguardados, são extremamente comuns os casos de depressão pós-parto e de rejeição da prole, pelas mães.

Ao lado das realizações pessoais, não se deve ignorar o fardo (sim, fardo!) que a filiação também traz consigo. Por este motivo, o ideal é que parentalidade seja fruto de uma escolha pessoal, livre e consciente, jamais resultado de um risco não voluntariamente assumido. Então, afirmar que o nascimento de uma criança é sempre uma bênção é ignorar todos os encargos e as

responsabilidades – inclusive financeiros – inerentes à parentalidade. Reconhecer que a filiação constitui um projeto repleto de encargos e de dificuldades não significa negar o amor e os demais sentimentos positivos que o processo envolve. Trata-se, apenas, de apresentar uma visão realista da situação, para a qual nem todas as pessoas estão preparadas (HOLANDA, 2017, p. 267).

Por tudo exposto, entendemos que a concepção indevida fere frontalmente os direitos e os atributos da personalidade da genitora/dos genitores, motivo pelo qual está configurada a existência dos danos morais.

CONCLUSÃO

Todas as pessoas têm o direito à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, conforme suas crenças e valores pessoais. Para o exercício da autonomia, o controle do próprio corpo e o pleno exercício da sexualidade são pressupostos básicos. Por seu turno, não é possível falar em autocontrole do corpo e nem de exercício da sexualidade sem a devida realização e o respeito aos direitos reprodutivos. Assim, sem o pleno controle da filiação, as pessoas (especialmente, as mulheres) têm dificuldade para efetivação de seus projetos de vida pessoal e profissional. Logo, os direitos reprodutivos são direitos da personalidade e guardam íntima relação com a dignidade das pessoas.

Superada a ideia de que o dano moral se restringe a uma ideia de sofrimento ou sensação de sofrimento por parte do indivíduo lesado, tem-se, agora, o correto entendimento de que o dano moral consiste na violação da dignidade ou outros aspectos da personalidade humana, motivo pelo qual é possível se falar em danos morais nas *wrongful actions*. Sendo assim, a violação culposa aos direitos reprodutivos

alheios ocasiona tanto danos materiais como danos morais que devem ser indenizados. Nestes casos, por envolver direitos da personalidade, os danos morais são *in re ipsa*.

REFERÊNCIAS

ÁLVARO DIAS, João. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 21. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ANTONIOS, Nathalie. **Smith v. Cote (1986)**. Disponível em: <https://embryo.asu.edu/pages/smith-v-cote-1986>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

ANZALONE, Christopher. United States Supreme Court. **Supreme Court Cases on Gender and Sexual Equality (1787-2001)**. First Edition. M. E. Sharpe Inc Press.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código Civil, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 04 de janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil e nascimento indesejado: prejuízos reparáveis**. Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, José Américo Martins da. **Aplicação do método bifásico na quantificação da reparação do dano moral.** 26 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/jose-costa-uso-metodo-bifasico-reparacao-dano-moral>. Acesso em: 29 jan. 2019.

FLOOD, Julie T., **New Hampshire: Uncharted Territory.** 2007. Disponível em: <https://www.aul.org/docs/statecourts/NH.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

HOLANDA, Caroline Sátiro. **Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e2a6330465c8ffc>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

HOLANDA, Caroline Sátiro. A gravidez indevida e o conseqüente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, n. 4, v. 12, julho-setembro de 2017.

MEDINA, Graciela. **Daños em el derecho de família.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2ª Edição, 2008.

MONTEIRO, Síndico. Rudimentos da Responsabilidade Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.** Vol. 2, p. 349-390, 2005.

SILVA, Rafael Peteffi da. STERSI, Ricardo Soares. **Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais.** Conpedi, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a11ce019e96a4c60>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira. *In*: Âmbito

Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10781&revista_caderno=7. Acesso em: 06 de janeiro de 2019.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. **Revista de Estudos Politécnicos**. Vol. 8, p. 187-203, 2010.

SOUZA, Lara Antunes de. **Responsabilidade civil decorrente do aconselhamento genético**: concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth), vida indevida (wrongful life) – possibilidades e perspectivas. 2010. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 866636/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 29/11/2007, v.u. DJe de 06/12/2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1096325/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 09/12/2008, v.u. DJe de 03/02/2009.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.

INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE CONSUMO

Antônio Alves de Vasconcelos Filho

INTRODUÇÃO

O direito contratual é caracterizado e influenciado por diversas conjunturas históricas. Em nosso país, a Constituição Federal, ao inaugurar a sessão sobre a ordem econômica preserva a iniciativa privada, mas reconhece o papel da função social na economia privada para temperar as digressões presentes e inerentes ao desenvolvimento da atividade econômica em uma sociedade capitalista. Em virtude desse contexto, a tradição liberal contratual pura é balizada com os chamados princípios sociais dos contratos, que influem endógena e exogenamente na formação dos contratos e nos efeitos deles emanados.

Neste sentido, o formalismo tradicionalista presente em uma teoria clássica dos contratos pode não mais corresponder aos desafios contemporâneos que são postos à prova na hermenêutica exercida pelos tribunais pátrios. Os contratos imobiliários, aqui abordados especificamente as promessas de compra e venda, refletem uma demanda pela propriedade privada muito comum em nossa sociedade, sendo a tutela de tais interesses uma importante ferramenta de aquecimento dos mercados em tempos de crise ou bonança.

É nesta realidade que a temática ora apresentada ganha relevo, referente ao estabelecimento realizado pelo fornecedor estipulante

do contrato imobiliário de consumo que insere no formulário uma cláusula penal que só gera efeitos em favor de se próprio produzindo encargo apenas para o consumidor. Há forte repercussão jurisprudencial, notadamente sobre o Superior Tribunal de Justiça que afetou a matéria para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, tombado no tema 971.

O deslinde da questão perpassa pela eventual possibilidade de inversão da cláusula penal unilateralmente estabelecida em prol do fornecedor, à luz da teoria contratual e seus corolários, assim como, seus efeitos sobre a realidade fática e as relações jurídicas envolvidas em conjunto aos interesses emanados pela realização de tal contrato.

Portanto, o trabalho visa guiar por um caminho de compreensão relativa ao que seria o melhor desenlace para tal temática, levando em consideração a própria lógica contratual, os aspectos econômicos envolvidos e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como norte para a busca da equivalência material em uma situação que possa ser caracterizada como desarrazoada sem que isso signifique o fim da segurança jurídica e da própria finalidade contratual.

Ciente da problemática, o trabalho visa a analisar, sob a óptica dos princípios contratuais e do direito do consumidor o melhor caminho a ser perseguido pela jurisprudência pátria, nos casos de promessas de compra e venda nas quais se constate a situação fático-jurídica já referenciada, qual seja, o contrato de promessa de compra e venda em que há cláusula penal unilateralmente disposta em desfavor do consumidor existindo assim um inadimplemento por parte do fornecedor ao atrasar a entrega da obra. Paralelamente ao objetivo geral, apresentam-se como objetivos específicos, tais como: analisar a promessa de compra e venda brevemente e suas peculiaridades; examinar a teoria contratual a partir da abordagem principiológica; e por fim, verificar a possibilidade ou não dessa revisão contratual levando em consideração todo o estudo realizado.

Ciente de todo o exposto, busca-se através deste trabalho fundamentar e prestar assistência teórica para o melhor desenvolvimento de considerações acerca do direito imobiliário em conjunto ao direito do consumidor e a teoria dos contratos.

DA NATUREZA CONTRATUAL

Os contratos são os principais exemplos dos chamados negócios jurídicos. Os contratos imobiliários, por sua vez, envolvem diversas espécies contratuais que fazem parte da vivência do mercado de imóveis.

Neste trabalho, especificamente, analisaremos as peculiaridades da promessa de compra e venda, contrato que possui grande disseminação nas negociações presentes no mercado imobiliário, por sua natureza de contrato preliminar que perdura durante determinado lapso temporal, garantindo direitos e deveres em relação a determinado objeto.

Uma questão controvertida no âmbito direito imobiliário e nos tribunais pátrios que será abordada com centralidade é a possibilidade de inversão da cláusula penal dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis em favor do consumidor no caso de atraso na entrega da obra naquelas avenças que trazem apenas a previsão de incidência penal convencional vinculada ao inadimplemento do promitente comprador.

Segundo o clássico conceito de Clóvis Bevilacqua (1934, p. 245), contrato é um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”. Em relação a espécie promessa de compra e venda, Nelson Rosenthal (2003) tece as seguintes considerações:

Define-se a promessa de compra e venda como espécie de contrato preliminar pelo qual as partes, ou uma delas,

comprometem-se a celebrar adiante o contrato definitivo de compra e venda. É negócio de segurança, destinado a conferir garantias às partes quanto à relação substancial em vista.

Logo, fundamental é observar que a principal característica do negócio jurídico aduzido é a da preliminaridade, essa regulamentada pelo Código Civil nos artigos 462 a 466 quando o mesmo regula os autointitulados contratos preliminares.

Neste sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p. 440) versam sobre a conceituação dos contratos preliminares considerando-os: “[...] uma avença através da qual as partes criam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um contrato apenas projetado.”

Divergem as características presentes entre os contratos preliminares e as denominadas negociações preliminares, sendo essas apenas tratativas preliminares que antecedem qualquer estimativa de obrigação entre as partes não possuindo natureza contratual. Sobre tal diferenciação, sintomáticas são as considerações de Carlyle Popp (2002, p. 230):

A principal característica desta fase de negociações preliminares é a não obrigatoriedade. Isto porque realizar negociações é um direito concedido pelo ordenamento, de natureza constitucional, que autoriza a livre celebração de negócios jurídicos. Optar pela celebração ou não é um direito que assiste a cada um dos negociantes. Este direito, volta-se a dizer, é cada vez mais limitado, limitação est adiretamente proporcional ao incremento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas.

É nesta perspectiva que temos a incidência no mundo do ser deste contrato preliminar da espécie promessa de compra e venda referentes aos imóveis. É notória a vultuosidade dos valores

normalmente envolvidos em tais transações e o alongamento do lapso temporal para o cumprimento das obrigações decorrentes deste tipo de contrato.

Recordamos que mesmo com sua natureza preliminar e as diversificações inerentes a este tipo de contrato em relação aos de cunho definitivo, o mesmo seguirá, por óbvio, as regras gerais de validade dos negócios jurídicos apontadas pelo artigo 104 do Código Civil Brasileiro, que declara: “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

Da cláusula penal

A denominada cláusula penal, popularmente conhecida como a multa estipulada em contrato, é aquela que determina as penalidades para o inadimplente de obrigações anteriormente acordadas. Apesar da denominação, este instituto, não se confunde com a sanção penal presente no direito público criminal.

A cláusula penal é um reforço de viés econômico de modo a restringir as possibilidades de inadimplementos e reprimir os mesmos, sobre sua conceituação versa Maria Helena Diniz (2006, p. 435): Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir ou fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual.

Logo, a pena convencional se traduz como uma espécie multa contra comportamento diverso do esperado e acordado contratualmente. Nos contratos imobiliários, por seus riscos inerentes,

comuns são as estipulações de tais medidas em decorrência da alta volatilidade do mercado, crises, desistências, atrasos nas conclusões das obras e tudo o mais. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p.374): “podemos atribuir duas finalidades essenciais à cláusula penal: a função de pré-liquidação de danos e a função intimidatória.”

Tutela consumerista do promitente comprador

Passaremos a seguir à análise minuciosa da tutela consumerista do promitente comprador, de forma a entender como a relação entre fornecedor e consumidor importa nas ordens contratuais vigentes, assim como da influência dessa tutela para a possibilidade ou não da inversão da cláusula penal instituída unilateralmente.

Aduz o art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Em relação ao outro polo da relação consumerista, define o art. 3º do mesmo código o que se entende por fornecedor, neste sentido:

Art.3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação,importação, exportação,distribuiçãoou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Para Paulo Lôbo (1995, p.197) “dá-se a relação de consumo quando coisas ou serviços são fornecidos ao consumidor por quem exerce atividade econômico-jurídica permanente”, em relação a esta probabilidade, qual seja,

a configuração da promessa de compra e venda imobiliária como contrato de consumo, dispõe Rodrigo Toscano (2002, p. 136):

configurando-se a situação de vendedor habitual com comprador eventual do imóvel, como já acentuado, aplicam-se as normas do CDC no que é pertinente a essa relação entre comprador e vendedor. Deve-se observar que nem sempre isso ocorre, porquanto é possível um particular vender um imóvel a outro sem que se configure, com isso, uma relação de consumo, afastando-se a incidência do CDC.

Conquanto, temos que o promitente comprador, que busca um imóvel, ou seja, adquire um bem, desde que não seja uma negociação entre particulares, toma para si a condição de consumidor, restando àquele vendedor habitual a situação fático- jurídica de fornecedor neste cenário contratual.

DA INCIDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA

A investigação sobre os princípios per si não será objeto de análise detalhada, porém como abordaremos vários institutos desta natureza convém uma breve digressão sobre o tema. A partir das lições de Robert Alexy (2008) sobre princípios, diferenciando-os da mera regra, consideramos aqueles como mandados de otimização, estando os mesmos vinculados a uma dimensão de articulação possivelmente expansiva, enquanto as regras se verificam estáticas. Complementando brevemente este raciocínio, nos diz José Canotilho (2008, p. 1255):

princípios são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a

otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fática ou jurídica.

Historicamente, a teoria contratual e sua correlação com os princípios segue a evolução da relação indivíduo e Estado. Desde a tradição romana para as observações atuais, o mundo das normas e princípios jurídicos influenciam e são balizados pelo meio social a qual estão inseridos.

Não se busca no momento um aprofundamento histórico e metodológico sobre os princípios em si, mas apenas estabelecer as ferramentas necessárias para a investigação específica sobre os contratos que se seguirá adiante.

A evolução da teoria geral dos contratos e seus mandamentos principiológicos perpassa pela própria evolução do Estado, de uma concepção tradicional liberal para o balizamento com um ideário solidário típico do Estado Social. Neste sentido, sobre a evolução contratual, essenciais são as considerações de Maria Luiza Feitosa (2005, p. 286):

a filosofia individualista não mais conseguia se manter frente às necessidades sociais, econômicas e políticas de uma sociedade dificilmente adaptável à visão de sujeitos isolados. Ressentindo-se dessas alterações, todo o direito dos contratos passou a encontrar profundo eco nas novas ideias de solidariedade que marcavam as redes de proteção pública do Estado de Bem-Estar [...].

Delimitada e explanada esta visão, passamos agora para uma breve abordagem sobre a visão e aplicação dos princípios inerentes à teoria contratual. Em decorrência da crise na concepção liberal do Estado experimentada no Século XX e a consideração por uma construção de um Estado Social que visasse conquistas de direitos

através da intervenção estatal na economia, ocorre uma reflexão nos institutos de

Direito Civil, consoante menciona Luiz Edson Fachin (2000, p. 77):

O debate sobre a travessia do Direito Civil tradicional ao Direito Civil contemporâneo apresenta suscita pertinência com temas relevantes, a principiar com o da pessoa. A questão não é retórica, especialmente quando estão na cena a propriedade, a família e o contrato.

É diante deste cenário de transição que surgem os princípios sociais como os consideramos modernamente para a teoria dos contratos. A Constituição Federal inaugura de forma mais abrangente uma movimentação que será acompanhada pelo CDC e Código Civil posteriormente, colocando a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III do diploma máximo) no centro do debate.

Percebe-se que apesar de não haver qualquer tipo de substituição em relação aos princípios liberais, há notoriamente uma atenuação dos efeitos dos primeiros em prol de uma visão social dos contratos, como bem expressa Paulo Nalin (2001, p. 113-114):

E nesta perspectiva, a teoria do direito contratual clássica, aquela em que se valoriza a autonomia privada, em nome de um modelo econômico liberal, cede espaço à proteção pelo Estado dos interesses sociais. Cresce a intervenção estatal nas relações privadas, a fim de garantir a proteção dos interesses sociais nas relações interprivadas.

O regime de plena liberdade defendido no modelo liberal foi sendo temperado e adaptado às novas realidades que se impunham ao mundo com a crescente ampliação das tarefas estatais em prestações

positivas para com os indivíduos. Para fins deste trabalho, nos requer atenção o princípio social da equivalência material dos contratos.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 70), “o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização de interesses.” Incidindo então, nas mais diversas fases contratuais, devendo o mesmo ser considerado em cada uma delas.

Rodrigo Toscano (2007, p. 50) analisa os dois aspectos inerentes à equivalência material, quais sejam, os aspectos subjetivo e objetivo. Em relação ao aspecto subjetivo, aquele autor afirma que “a intenção é focalizar a influência ou impacto de um conceito jurídico em reação à pessoa”. Já em sua segunda vertente, aponta Rodrigo Toscano (2007, p. 54) que “a preocupação agora se volta para o dado objetivo do contrato”. Esta última, é a que mais chama atenção quando se trata da equivalência material como instituto hábil a modificação dos contratos.

A previsão pela equivalência material dos contratos pode ser depreendida no Código Civil brasileiro de seus artigos 423 e 424, que tratam dos contratos de adesão, expondo a natureza dos efeitos deste princípio. Porém, talvez seja no Código de Defesa do Consumidor sua melhor representação em um texto legal presente em nosso ordenamento pátrio, quando nos diz: “art. 6º São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”.

O desequilíbrio atacado por este princípio pode assumir diversas facetas em um contrato comum, poderá ser tanto econômica quanto propriamente jurídica, estipuladas de uma parte para a outra, com valores exorbitantes ou cláusulas manifestadamente abusivas respectivamente. A partir das observações ora realizadas, percebemos como os princípios sociais em específico a equivalência material poderá fundamentar uma intervenção judicial no negócio jurídico para efetivar sua dimensão de atuação.

DA (IM)POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL

A possibilidade de inversão da cláusula penal nesses tipos contratuais já vem sendo debatida por anos no âmbito do judiciário brasileiro em especial no Superior Tribunal de Justiça. Tanto que acabou por inaugurar o tema 971 em sede de recursos repetitivos no STJ que tem como redação e objetivo:

definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda.

A atuação contratual deve considerar não apenas a vontade das partes, mas se o conteúdo advindo daquele contrato é razoável. Como demonstra Wladimir Alcibiades (2004, p. 89) “o que importa não é mais tão somente o resguardo da obrigatoriedade irrestrita dos contratos, mas sim a luta para a manutenção do equilíbrio contratual, em busca de um conceito mais amplo e mais elevado de justiça contratual.

Consideramos que a questão a ser analisada, não se dilui com a mera aplicação da lei. Portanto, em situações jurídicas que as regras não são capazes de dirimir o conflito, devemos seguir a disposição do art. 4º da lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que nos diz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

O princípio da equivalência material pode ser considerado o principal vetor para revisões destes tipos contratuais, assim como para o reequilíbrio dos efeitos decorrentes do seu findar. Portanto, temos a equivalência material como principal base em conjunto com a boa-fé

e seus deveres decorrentes, para arguir-se a medida de reversão da cláusula penal.

Aceitando-se a possibilidade da inversão, identificamos que o arbitramento do montante devido a título da pena convencional dependerá de sua natureza. Se a reversão efetuada for concernente a uma cláusula penal moratória, entendemos que a fixação para o promitente vendedor de uma obrigação que toma como referência as parcelas contratuais adimplidas pelo consumidor não satisfaz sua função intimidatória. Vide o caráter irrisório do montante mensal quando cotejada com a capacidade econômica do fornecedor.

Não obstante, em relação a cláusula penal de natureza compensatória deve-se respeitar as considerações gerais presentes no Código Civil. De modo, que não se estabeleça uma obrigação de montante maior que a principal, ou ainda ocasione um enriquecimento sem causa para o consumidor, o arbitramento deve seguir os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

Apesar do que uma visão mais liberal ou tradicional dos contratos possa anunciar, essa inversão da cláusula penal através da intervenção judicial não significa decretar a morte do contrato. Sobre essa possibilidade de revisão externa dos contratos, baseada em uma visão crítica e social versa Maria Luiza Feitosa (2005, p. 288):

Na verdade, não morria o contrato. Apenas oscilava a sua concepção nos moldes liberais, cujo corolário vinha expresso nos princípios da liberdade contratual, da igualdade entre as partes e da força obrigatória do vínculo. Essa grade principiológica também não desapareceu – apenas perdeu a sua condição de exclusividade, ou seja, a presença dos postulados sociais preponderava sobre o axioma liberal clássico.

Portanto, entendemos a inversão como medida justa e cabível para o reequilíbrio contratual de forma a garantir que sejam respeitados

os cânones sociais que influem nos contratos. Ademais, isto não vem a significar ingerência desmotivada ou fim do princípio *pacta sunt servanda*, a revisão contratual busca efetivar uma justiça contratual e possui para consigo critérios de atuação e investidura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, após a investigação proposta e realizada neste trabalho nos posicionamos favoravelmente a inversão da cláusula penal estabelecida unilateralmente em desfavor do consumidor nos contratos referentes a promessa de compra e venda imobiliária em decorrência do atraso na entrega do imóvel.

Consideramos que com a aplicação dos princípios sociais dos contratos que balizam a tradição liberal, e primordialmente, levando-se em pauta a equivalência material dos contratos, entendemos que a reversão é medida justa e razoável para uma intervenção judicial na avença.

Não restando de forma alguma declarada uma suposta “morte” dos contratos por esta reavaliação de seu conteúdo. Os princípios sociais decorrem da própria necessidade de se buscar uma materialização para além da igualdade formal, exemplificando, temos que o princípio da função social dos contratos positivado em nosso ordenamento, considerado em relação aos efeitos internos dos contratos pressupõe uma justa estabilização de obrigações e direitos respeitando-se a boa-fé objetiva.

O contrato de promessa de compra e venda imobiliária, possui características muito próprias, é bilateral, oneroso, comutativo e por regra de adesão.

Ainda, traduz-se em uma relação de consumo que acaba por exigir um olhar para a hipossuficiência do promitente comprador em relação ao fornecedor.

Conquanto, se à primeira vista pode-se imaginar uma ingerência estatal sobre os contratos, ou uma violação ao princípio da *pacta sunt servanda*, o que em verdade podemos observar é que a não reversão colocaria um sujeito contratual, leia-se o promitente vendedor, com demasiada vantagem, não aceitável pelos ditames sociais dos contratos, em relação ao promitente comprador, trata-se de estabelecer uma equidade entre as partes.

A equivalência material é princípio válido e de incidência geral nos mais diversos tipos de contratos, se naqueles paritários podemos observar sua pujança, em um contrato de promessa de compra e venda que detém as características já referenciadas é mais notória ainda a possibilidade do seu uso para reequilibrar o acordo contratual na busca e manutenção de uma justiça contratual.

Não mais se deve observar apenas a forma dos contratos e supostas violações da mesma. A teoria contratual moderna busca colocar as pessoas no centro de suas disposições, não olvidando a patrimonialidade das relações cíveis, mas considerando o diálogo entre essas, age de forma a garantir o equilíbrio contratual entre as partes, sendo a intervenção judicial o meio adequado para garantir tal corolário da função social. A inobservância para com determinado princípio pode gerar, a revisão contratual, tendo em vista a abusividade perpetrada pelo contrato em si.

Claramente, tal inversão não pode acontecer de forma automática, como todo e qualquer caso que requer aplicação de princípios exige parcimônia e a necessidade de verificação no caso concreto. Deve-se verificar se há motivos de força maior ou caso fortuito capaz de ensejar o atraso na entrega da obra, nesses casos, por óbvio, não faria sentido em aplicar a inversão.

Importante ressaltar que o *quantum* revertido a título de cláusula penal deve ser de tal forma suficiente para abarcar a capacidade econômica da fornecedora. Ou seja, não deve ser de tal forma ínfima que não desestimule o ocaso com o dever de entregar a obra no

prazo estabelecido, levando-se em consideração ainda que tal pena convencional tenha natureza moratória, tendo o consumidor ainda interesse na avença.

Já para aqueles casos em que há o pedido de rescisão contratual motivado pelo inadimplemento total da fornecedora pelo atraso, entendemos por bem a aplicação legal da regra positivada no artigo 412 do Código Civil, na qual prevê que a cláusula penal cominada não pode superar o valor da obrigação principal. Evitando-se assim um suposto enriquecimento sem causa do consumidor.

Analisamos que andou bem até o momento o Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer em julgados anteriores a possibilidade da inversão. Ademais, entendemos a utilização do mecanismo dos recursos repetitivos como forma de sedimentar na jurisprudência pátria tal entendimento, visto que, os Tribunais de Justiça ainda resistem em tomar a reversão como expoente da equivalência material dos contratos.

Porém, chamamos atenção para a possibilidade de uma guinada do tribunal da cidadania em favor do poderio econômico, em tempos de crise, os tribunais devem buscar ainda mais resguardar os mais vulneráveis e não acabar por legitimar uma injusta avença em prol de interesses privados.

A inversão da cláusula penal não se traduz em mera inovação por parte do judiciário. Há uma coerência principiológica emanada da teoria contratual, que acaba por considerar o contrato não apenas como o meio efetivo para transações econômicas, mas também, como vetor de efetivação dos princípios sociais a esses inerentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 26 nov.2018.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 22 dez. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recursos Repetitivos**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/ Acesso em: 29 nov. 2018.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **A revisão judicial dos contratos e a evolução do direito contratual**. Dissertação de Mestrado.

Universidade Federal de Pernambuco: Pernambuco, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 21 edição. 2 vol. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. versão digital.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer.

Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** Contratos. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade por vícios na relação de consumo. **Revista de Informação Legislativa**, 1995.

NALIN, Paulo. R. R. **Do contrato:** conceito pós- moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré - Negocial:** O Rompimento das Tratativas. Curitiba: Juruá, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **A promessa de compra e venda no código civil de 2002.** Disponível em: http://www.fláviotartuce.adv.br/secoes/artigo/ROSENVALD_COMPRA.doc. Acesso em: 28 nov. 2018.

RECONSTRUÇÃO DE PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO DO BRASIL

José Mário da Silva Sousa Filho

INTRODUÇÃO

O nível de dependência dos países subdesenvolvidos, sobretudo os países latino-americanos que foram colonizados e explorados a partir do século XVI, como o Brasil faz com que até os dias atuais, vivam contradições alarmantes, as quais provocam graves crises estruturais ao longo da história, como a que vivemos hoje em dia. A crise pela qual nosso país passa adquiriu proporções enormes e se caracteriza como uma crise conjuntural que acontece em várias vertentes.

Dessa maneira não se configura apenas como uma crise de características econômicas, mas também políticas e sociais, as quais se debruçam sobre o baixo crescimento econômico do país ou até mesmo, quando esse crescimento acontece, se mostra como um crescimento não autônomo, onde a renda não é distribuída e onde os interesses privados das elites são postos em primeiro plano, em detrimento das classes sociais mais baixas, do desenvolvimento social e até mesmo das condições ambientais.

Sendo assim, busca-se discutir nesse trabalho os principais aspectos a serem analisados para reconstrução de um projeto de desenvolvimento como uma democracia periférica, um subdesenvolvimento socioeconômico e uma dependência. Tais aspectos estão correlacionados e prejudicam a leitura e o entendimento dos processos no qual o Brasil se situa, além de dificultar a formação de um projeto político de independência e desenvolvimento. Portanto,

neste artigo procura-se investigar processos históricos importantes para entender as reais condições de dependência e subdesenvolvimento do Brasil e reconstruir também projetos de desenvolvimento para este.

Sendo assim, este escrito divide-se em quatro partes seguidas de algumas considerações finais. Na primeira parte, trabalha-se o conceito de democracia periférica. Já na segunda, aborda-se o subdesenvolvimento socioeconômico e a dependência do Brasil. Na terceira parte, discute-se um projeto político de desenvolvimento e independência baseados no estudo de diferentes autores, como Hélio Jaguaribe e Florestan Fernandes a fim de formar um projeto próprio de desenvolvimento e independência do país. Por fim, na quarta parte, busca-se entender a importância e o modo como se deve desenvolver uma ruptura com a sociedade de classes e com as desigualdades e dependências baseado em autores como Karl Marx, Evgeny Pachukanis e Friedrich Engels.

DEMOCRACIA PERIFÉRICA

O desenvolvimento do capitalismo, abordado por Fernandes (1975), na América Latina; provocou o desenvolvimento do mercado e do sistema de produção. Assim, incorporou-se um novo padrão ao espaço econômico, sociocultural e político. Porém da mesma forma que essa modernização da política se expandiu rápida e desenfreadamente para os países periféricos, estes, continuaram a herdar suas estruturas econômicas e sociais da sociedade colonial.

Dessa forma, o fato desse processo não ter sido algo autônomo e ter acontecido de “fora para dentro” fez com que surgisse assim um novo padrão de dominação externa imperialista. Sendo tal dominação, baseada não no controle colonial legal e político (embora com fundamento e fins econômicos), mas sim puramente econômico,

manipulados externamente, a partir dos mecanismos de mercado (FERNANDES, 1975).

Em vista disso, a democracia nos países periféricos, assim como o capitalismo abordado por Fernandes (1975), não é produto de uma evolução interna, ela evolui sem contar com condições de crescimento autossustentado e de desenvolvimento autônomo. Dessa forma, ela se adapta à periferia do capital cujos contextos, estruturas sociais e jurídicas em tanto divergem com as do local onde surgiu e se desenvolveu, na Europa e nos Estados Unidos. Isso torna por gerar contrastes típicos de uma sociedade de classes dependente e subdesenvolvida.

Portanto, suas contradições assim como as contradições de uma sociedade de classes dependente e subdesenvolvida, se expressam no seio político e na governabilidade. No processo de adaptação dos valores e práticas trazidas pelas elites burguesas europeias e norte-americanas, onde a democracia se desenvolve de maneira autônoma, ocorreram mudanças que transformaram a democracia no que Schwarz (2015) nomeia de ideias fora do lugar e resultou no que podemos chamar de democracia periférica.

Essas contradições, na nossa democracia se relacionam com a própria corrupção, se concretizando em uma crise ética e de governabilidade e com a preservação das oligarquias e do controle das elites políticas, a partir de uma estruturação estatal conforme os interesses de uma pequena parcela da população, a classe “alta”. Dessa forma, essas características próprias de uma democracia periférica se relacionam diretamente à análise do desenvolvimento do capitalismo feita por Sérgio Buarque de Holanda em “Raízes do Brasil”:

Holanda (2006) aborda que nas antigas corporações, o mestre e seus aprendizes formavam uma só família em que havia, de certo, uma relação hierárquica natural. Ainda assim, todos dividiam as mesmas comodidades e angústias. Porém, a partir da implantação do moderno sistema industrial no Brasil, surgiu uma dicotomia brusca entre os

empregadores e empregados que, a partir de então, teriam funções distintas. Foi excluída, portanto, a intimidade que havia entre eles e os antagonismos de classe foram assim estimulados.

Isso facilitou a exploração do trabalhador por parte de seus empregados em troca de salários baixíssimos no moderno sistema industrial. Sendo assim, a transição para o trabalho industrial exigiu a abolição da velha ordem familiar, porém, por ter sido um processo que, no Brasil, aconteceu de uma forma rápida e desordenada, as relações sociais permaneceram ligadas aos laços de afeto e de sangue.

[...] ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração – esta em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas. (HOLANDA, 2006, p. 148).

Desse modo, o processo de burocracia e a democracia no Brasil faz com que sejam movidas a partir de interesses particulares e não de interesses objetivos, onde também as relações impessoais que caracterizam a vida no Estado burocrático e o esforço para que se assegurem as garantias jurídicas aos cidadãos são postas em segundo plano. Isso provoca com que a corrupção e as oligarquias

sejam preservadas e se reproduzam até hoje no processo político-democrático e na governabilidade do país.

Dessa maneira a governabilidade, no espectro social, se relaciona com o crescimento de forma dependente em relação às “metrópoles”, ao subdesenvolvimento social e à má distribuição dessas riquezas. Sendo assim, nem mesmo esses elementos (políticos, sociais e econômicos) que são essenciais para a integração, a estabilidade e a transformação equilibradas da ordem social no capitalismo contemporâneo são colocados em segundo plano pelas elites políticas brasileiras.

Portanto, para que se rompa com esses aspectos de uma democracia periférica, é muito importante também que se rompa com essa relação de dependência, além das heranças coloniais, tendo em vista um projeto político voltado para o interesse nacional e de toda uma coletividade. Esse projeto deve ser baseado em transformações que envolvem um crescimento econômico aliado ao desenvolvimento sustentável e a redistribuição social das riquezas produzidas sob forma do emprego e da renda, promovendo uma equidade social. Pois é notável que o desenvolvimento e a distribuição social das riquezas está diretamente ligado a um baixo nível de corrupção na política, democracia e na governabilidade de um país.

É possível sustentar tal tese apenas comparando o Índice de Percepção de Corrupção, divulgado pela Transparency International (2016) e o Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado pela PNUD (2014). Dessa forma, pode-se perceber que países como Dinamarca, Holanda, Alemanha, Canadá, Nova Zelândia, Suíça e Noruega estão entre os dez países mais desenvolvidos socialmente, além de estarem entre os dez países menos corruptos; enquanto o Brasil ocupa a 79ª colocação no índice de países com menos corrupção e a 75ª no Índice de Desenvolvimento Humano.

SUBDESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E DEPENDÊNCIA

Após a Crise de 1929 e as Guerras Mundiais, as elites europeias e norte-americanas proporcionaram transformações políticas, sociais e econômicas porque as classes sociais mais baixas conquistaram o direito de serem ouvidas, regulando assim a sua participação social nos fluxos da renda e nas estruturas de poder; dando origem ao que se chamou de *Welfare State*. Porém, na América Latina esse processo não ocorre, pois, suas elites agiram e ainda agem a fim de preservar e intensificar os privilégios de poucos e de exclusão dos demais, a partir da opressão e miséria que contribuem para manutenção de uma sociedade extremamente desigual (FERNANDES, 1975).

É importante destacar que essas elites europeias e norte-americanas provêm de um

[...] modelo que envolve condições e efeitos que não se concretizaram historicamente da mesma maneira ou que se manifestaram ao nível estrutural de outra forma e com outra intensidade, como: crescimento econômico autossustentado; modernização tecnológica autônoma e acelerada; expansão para fora, com a apropriação da riqueza de outros povos e a incorporação deles aos dinamismos econômicos, culturais e políticos das nações capitalistas em expansão neocolonial e imperialista (FERNANDES, 1975, p. 44).

Porém, no caso da América Latina, o desenvolvimento do capitalismo moderno envolveu uma conciliação com o “antigo regime”, o que privilegiou pequena parte da população, preservando o *status quo* econômico.

Isso não quer dizer que o capitalismo dependente ‘Falhou’. Ele está preenchendo cada vez melhor as funções que lhe cabem, ao promover o crescimento econômico capitalista sob o mencionado padrão de acumulação de capital e a forma correspondente de sobre-apropriação repartida do excedente econômico (FERNANDES, 1975, p. 57).

Dessa forma, a possibilidade de uma grande nação de capitalismo dependente se desenvolver partem, para Jaguaribe (1969) de três modelos aos quais os países subdesenvolvidos como o Brasil podem recorrer a fim de acabarem com a crise nacional e desenvolverem-se: o Bismarckismo, o capitalismo de estado e o socialismo. O Bismarckismo se caracteriza como um modelo que regula a participação das camadas sociais e faz da classe burguesa, a grande responsável pela promoção do desenvolvimento a partir de um plano político desempenhado pelo próprio Estado.

Já o Capitalismo de Estado é o modelo que assume a responsabilidade de transformar as grandes iniciativas privadas em estatais, além de nivelar a capacidade de consumo dos cidadãos; sem que a propriedade privada seja eliminada, como no socialismo. Por fim, o modelo Socialista se caracteriza como o modelo mais radical, pois eliminaria toda a economia de mercado, junto com o direito à propriedade privada dos meios produtivos.

Porém, partindo do pensamento de Fernandes (1975), a superação desse tipo de capitalismo dependente não se deu e é impossibilitada de se dar da maneira Bismarckista como um “desenvolvimento normal” porque as elites burguesas da nossa sociedade também se caracterizam por uma relação de dependência com as “metrópoles”. Sendo assim, tal relação, em primeiro plano, torna o processo de dependência mais “lucrativo”, rápido” e seguro” pra elas, fazendo com que não busquem protagonizar tais mudanças sociais.

Outra solução seria então, o Capitalismo de Estado, porém, ainda seguindo Fernandes (1975), os dinamismos de uma ordem social como a nossa como a permanente desnacionalização das riquezas são dinamismos que reproduzem o crescimento e o desenvolvimento por associação dependente e por incorporação dessas riquezas pelas nações hegemônicas. E desse modo, são os dinamismos externos que “decidem” as transformações impondo um limite à integração nacional da economia, da sociedade e da cultura.

Sendo assim, a democracia é hegemônizada a partir do grande capital e recheada de corrupção, devido ao fato da nossa própria democracia não ter se desenvolvido de maneira autônoma e ter herdado condições coloniais. E por isso, seguindo Fernandes (1975), o Capitalismo de Estado não conduz (nem poderia conduzir) o crescimento e o desenvolvimento autônomo.

Dessa forma, mesmo que se tente subverter essas relações de dependência por uma revolução dentro da ordem estatal e democrática, a lógica do sistema vem falhando prematuramente, porque para Fernandes (1975), não há como conciliar as ‘forças de preservação da ordem’ com as ‘forças de revolução dentro da ordem’ pois esse tipo de sistema não pode ser construído autonomamente, principalmente quando se observa que essas tentativas foram subitamente desarticuladas na América Latina, por influências externas concretas, dando até mesmo origem às ditaduras.

Desse modo, o autor apresenta a ruptura radical com a sociedade de classes, avaliando o modelo socialista como sendo a única saída para essa dependência, se caracterizando como “uma revolução das classes ‘baixas’ e dos setores radicais de outras classes contra o capitalismo dependente e a sociedade de classes a que ele dá origem” (FERNANDES, 1975, p. 101).

Apesar disso, analisando o momento histórico em que Florestan Fernandes fez suas análises, ou seja, é possível perceber que era um momento em que o socialismo ainda tinha muita força, junto com

a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e países como Cuba na América Latina. Porém, dado o atual estabelecimento da ideologia capitalista no mundo atual; o socialismo foi aos poucos, perdendo força. Dessa forma a ideia de uma ruptura radical com a sociedade de classes foi ficando mais distante.

Mesmo em países socialistas ou que conservam ideais revolucionários e contra a ordem capitalista pré-estabelecida, como Cuba, na América Latina, o processo revolucionário foi, com o tempo, perdendo força e a classe trabalhadora, perdendo sua possibilidade de se organizar democraticamente e viver em plenas condições de liberdade, participando concretamente do processo de transformação social. Isso acontece de maneira mais de maneira ainda mais intensa, na Venezuela, por exemplo, onde para parte da população, já se tornou um lugar onde não é possível viver e se desenvolver como indivíduos.

PROJETO POLÍTICO DE DESENVOLVIMENTO E INDEPENDÊNCIA

Para Marx (2013, apud MACHADO, 2017), para se chegar à fase do comunismo, superando o modo produção capitalista e a sociabilidade de classes, era necessário que todos os países passassem pelas mesmas fases de desenvolvimento. Desse modo, de acordo com o autor, apenas um país desenvolvido e industrializado, como a Inglaterra, naquele momento, poderia ser o berço de uma revolução como essa. “Segue-se desse raciocínio que seria em terras britânicas a origem da revolução socialista ou, ao menos, em outros países mais desenvolvidos do Ocidente, como era o caso da França” (MACHADO, 2017, p. 4).

Sendo assim,

[...] a 'classe trabalhadora inglesa constitui desde já o peso mais decisivo para inclinar a balança da emancipação social em geral' (MARX; ENGELS, 1979, p. 189 apud MACHADO, 2017, p. 4). A 'Inglaterra, como metrópole do capital, como potência que domina até agora o mercado mundial, é no momento o país mais importante para a revolução operária' (MARX; ENGELS, 1979, p. 189 apud MACHADO, 2017, p. 4). Além disso, era o 'único país em que as condições materiais para esta revolução se desenvolveram até alcançar um certo grau de maturidade' (MARX; ENGELS, 1979, p. 214 apud MACHADO, 2017, p. 4).

Desse modo, para Marx, a revolução aconteceria em um país industrializado e no auge das relações burguesas como a Inglaterra e não em um país agrário como a Rússia (MACHADO, 2017). Porém, o fato é que a revolução se fez como insustentável na Rússia e em Cuba, no caso da América Latina, devido justamente ao fato de serem nações subdesenvolvidas. Dessa forma, se mostraram ao longo da história como incapazes de atenderem todas as necessidades de seus povos e de resistirem contra os ataques dos países sob égide da ordem capitalista, como os Estados Unidos.

Sendo assim, para países subdesenvolvidos e dependentes como os países da América Latina e em questão, o Brasil, a saída mais provável para um desenvolvimento seria inicialmente a socialização das riquezas junto a uma ruptura parcial da ordem estabelecida por meio de um Capitalismo de Estado, para depois disso, o socialismo no qual Florestan Fernandes pensou, se materialize. Sendo possível o Capitalismo de Estado sustentável apenas a partir de um processo educacional e de compreensão da realidade, processo esse, importante não só na fase de superação das classes sociais.

Seguindo Ivo Tonet (2004), a ruptura total com a sociedade de classes não é um processo simples, rápido e instantâneo. O processo revolucionário e a emancipação política é resultado de lutas sociais e não uma situação estática. Dessa forma, ainda que sob regência do capital e a partir de instrumentos essencialmente burgueses, como o Direito e o Estado, a luta por direitos e garantias é importante para a classe trabalhadora. Isso porque estes direitos os interessam muito mais do que interessam à burguesia, além de significarem resistência e a não conformação contra os interesses da burguesia e contra a sociabilidade capitalista desigual.

Dessa forma, é essencial que a classe trabalhadora latino-americana trave batalhas e construa um projeto de desenvolvimento ainda dentro do âmbito do capitalismo e com auxílio do Direito e do aparato estatal. Esse projeto seria então, um plano de desenvolvimento para o país construído em conjunto pela classe trabalhadora, para que ela apresente suas especificidades e decida que rumo tomar através de uma democracia independente e que tem em vista desenvolvimento autônomo e de suas particularidades. Assim, o processo revolucionário poderá se sustentar e se desenvolver.

Portanto, é possível romper com esses modelos “coloniais” de organização do Estado, e a partir da consciência coletiva e da análise de nossas experiências históricas, fazer com que as classes baixas se identifiquem como tais e passem a escolher democraticamente de uma melhor maneira seus representantes. Assim sendo, uma educação de caráter emancipatório já se caracteriza como e suma importância.

Ademais, esse processo também é importante para que os brasileiros possam, enfim, não recorrerem aos erros do passado e se libertarem de uma relação de dependência e controle externo. Dessa forma, elas seriam protagonistas ao mesmo tempo de uma “revolução dentro da ordem” no mesmo molde que promovem a democracia por meio da sua participação na construção de um projeto político de desenvolvimento.

A partir deste ponto, a primeira iniciativa para romper com essa dependência externa do capitalismo europeu e norte-americano requer a redemocratização e uma socialização do país em todos os aspectos. Ou seja, é necessário que isso se concretize no nosso próprio modelo democrático, na mídia, nas instituições pública (proporcionalizando o acesso às condições básicas de desenvolvimento às classes mais baixas, como educação e saúde), socialização das riquezas produzidas e redemocratização na produção industrial e agrícola, importantíssimas para o desenvolvimento do país.

Dessa forma é possível redistribuir a renda através dos empregos e através do investimento melhor nas instituições públicas, a fim de atender os interesses públicos e não os interesses privados como são atendidos, através do perdão de impostos para grandes empresas privadas e do investimento de mais da metade do PIB na dívida pública a fim de pagar juros à instituições privadas.

Desse modo, a partir do momento que se passa a se preocupar com o interesse público, os investimentos em educação e tecnologia inevitavelmente proporcionarão um desenvolvimento que explorará nossas riquezas, proporcionando algo parecido com o *welfare state* desenvolvido nas “metrópoles”. Fundado nisso, um desenvolvimento que; se preocupado com as particularidades de cada região brasileira, que não vise lucros privados a qualquer custo, aliado à preservação do nosso meio ambiente; pode ser promovido de uma maneira sustentável.

Portanto, para que isso ocorra, há a necessidade de que o país não só se desenvolva economicamente, mas também socialmente. Sendo a agricultura sustentável e a promoção da agricultura familiar e de pequeno porte, também vistas como portas para um Desenvolvimento Sustentável. Além disso, outros meios para esse tipo de desenvolvimento são a geração e distribuição de energias renováveis, para as quais nosso país tem uma possibilidade natural, o desenvolvimento da tecnologia industrial e da infraestrutura.

RUPTURA COM A SOCIEDADE DE CLASSES E COM AS DESIGUALDADES

Assim sendo, a partir do desenvolvimento e da ruptura com a relação de dependência que o Brasil se tem com os países da Europa e com os Estados Unidos, se chega posteriormente a uma ruptura com a sociedade de classes e com as desigualdades. Portanto, é necessário que se construa um projeto próprio, seguindo um caminho diferente daqueles que foram seguidos por países da América Latina e que portanto, não se caracterizaram como bem sucedidos durante o processo de revolução, que vez mais perde espaço.

Porém, o projeto de socialismo que rompa com as classes sociais não se limita ao espaço da cidadania, que é o espaço jurídico-político. Assim, “o seu caráter revolucionário só se tornará efetivo se a luta decisiva, que se trava no espaço da produção, for revolucionária” (TONET, 2004, p. 12). Dessa forma, a importância de uma luta revolucionária, que rompa com a sociedade burguesa de classes – e não só uma limitação à luta pelo desenvolvimento e sustentabilidade autônoma do Brasil – é essencial porque só ela, cria a falsa necessidade de haverem desigualdade entre as pessoas e as nações, para que umas se desenvolvam a partir da exploração de outras, que necessitam se manter de forma subdesenvolvida e dependente das primeiras.

Dessa forma, “por mais direitos que o indivíduo tenha, por melhor que eles sejam observados, eles sempre expressarão o fato básico de que os cidadãos não são realmente iguais (socialmente falando), nem livres” (TONET, 2004, p. 7). Sendo assim, a noção de que todas as pessoas são “livres” e “iguais”, a despeito de uma ordem social exploratória e desigual, é uma contradição que se expressa na totalidade da forma jurídica (PACHUKANIS, 1988).

Então, é somente a partir dessa liberdade e igualdade formal que se pode estabelecer uma relação plena de troca de mercadorias, quando a força de trabalho se torna mercadoria e a partir do contrato, o

burguês capitalista pode estabelecer uma relação de troca “igual” com o proletário, que vende sua força de trabalho “livremente”. Portanto, a partir dessa relação de exploração e da divisão da sociedade em classes, desenvolvem-se interesses antagônicos e conflitos que não podem ser solucionados a não ser pela força e violência legítima do Direito, sendo “a essência do poder de Estado como a violência organizada de uma classe da sociedade sobre as outras” (PACHUKANIS, 1988, p. 103).

Sendo assim, “o Direito é por sua essência necessariamente um direito de classe: um sistema ordenador para a sociedade que corresponde aos interesses e ao poder da classe dominante” (LUKÁCS, 2013, p. 233 apud ALMEIDA, 2017, p. 896), pois tem fundamento na existência da sociedade de classes e alcança a sua forma plena na sociedade mercantil.

Portanto, mesmo a teoria de um “direito proletário”, se caracteriza como equivocada pois proclama “a imortalidade da forma jurídica”, que é burguesa por excelência. (PACHUKANIS, 1988, p. 26). Dessa forma, a classe trabalhadora só pode alcançar plenamente a própria condição de vida, “se enxergar a realidade das coisas, sem as coloridas lentes jurídicas” (NAVES. Prefácio. In: ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 20).

Por cauda disso, o rompimento com a sociabilidade capitalista é necessário, ou seja, para que as pessoas possam de fato serem concretamente livres e iguais e não formalmente, além de poderem se desenvolver, decidindo seus próprios destinos, e não regidos pelo capital (TONET, 2004). Apesar disso, a emancipação humana,

[...] não significa o paraíso terrestre, uma sociedade perfeita, harmônica, sem problemas, plenamente feliz e, portanto, o fim da história. Ao contrário, Marx diz que, na verdade, é o começo da verdadeira história da humanidade, considerando como pré-história todo o processo até a extinção das classes sociais (TONET, 2004, p. 13).

Dessa forma, portanto, o processo revolucionário, é além de possível, necessário, a fim de que a humanidade se liberte da exploração e da opressão. Assim é pois, a evolução da sociabilidade capitalista cada vez mais transforma a humanidade das pessoas, e o meio ambiente necessário à vida, em coisas, as quais podem ser trocadas, a qualquer momento. E a única forma de evitar as desumanidades da sociedade capitalista é superando-a. Caso contrário, a humanidade estará fadada a uma barbárie crescente ou à sua própria extinção (LESSA; TONET, 2008).

Sendo assim,

A consolidação da hegemonia burguesa, sob um Estado que institucionaliza a violência sistemática e legitima a contra-revolução, contém dentro de si mesma o começo do fim. Ela fecha todos os caminhos à dignidade do homem, à liberdade e à igualdade. Por isso, deixa só um caminho para a instauração de uma sociedade democrática: o que passa sobre sua própria destruição. Não se pode consolidar o capitalismo por meios políticos, ainda que entre esses meios esteja o poder de uma superpotência, como os Estados Unidos. Se as estruturas de poder de uma sociedade de classes são totalmente abertas para as classes privilegiadas e relativa ou completamente fechadas para as demais classes, essa sociedade de classes está condenada ao desequilíbrio crônico e ao desaparecimento (FERNANDES, 1975, p.114)

Dessa forma, para Tonet (2004), uma educação emancipatória e o resgate da teoria crítica é essencial para um processo revolucionário, junto com a compreensão da realidade e dos processos e transformações pelas quais o mundo atual passa. Porém, a atividade teórica não deve acontecer apenas no discurso, mas também na prática, para que os trabalhadores estejam no papel central de transformação da

realidade concreta, onde cada um pode ser ocupado, segundo suas possibilidades e aptidões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma para que o Brasil torne-se desenvolvido e por fim possa romper com a sociedade de classes e com as desigualdades, um passo tão importante para o concreto desenvolvimento humano, é necessário que a coletividade brasileira entenda todos os problemas pelos quais está passando, problemas esses que não podem ser tratados de maneira superficial ou até mesmo distorcida pelos grandes meios de comunicação e que sejam envolvidos a partir de seus interesses coletivos.

Portanto, é de suma importância o debate sobre um plano de desenvolvimento, que não pode ser construído sem a participação social, a partir de poucas pessoas ou apenas por uma elite intelectual. Por isso também é muito importante que esse debate se espalhe por todas as camadas da sociedade e a internet e o desenvolvimento das tecnologias no mundo atual, ao mesmo tempo que podem ser utilizadas como instrumentos de controle e manutenção da ordem, podem ser utilizadas como instrumentos de transformações dessa mesma ordem social capitalista, de desigualdades sociais, contradições estruturais e dependência externa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei. O Apartheid do direito: reflexões sobre o positivismo jurídico na periferia do capital. In: **Revista Direito e Práxis**. Online, vol. 8, n. 2, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017. p. 869-904. Disponível em:

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23508/20595>. Acesso em: 5 mar. 2018.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e as classes sociais na América Latina**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político**. 1 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1969.

LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. **Introdução à filosofia de Marx**. 2 ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011. Disponível em: <http://sergiolessa.com.br/uploads/7/1/3/3/71338853/introdufilomarx.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2018.

MACHADO, Gustavo. Sobre a possibilidade de uma revolução russa nos escritos de Marx in Verinotio – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas – Ano XII. abr./2017 . n. 23 . v. 1. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.2494301612017957.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

NAVES, Márcio Bilharinho. Prefácio. In: ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Tradução: Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012.

PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PNUD BRASIL. Ranking IDH Global, 2014. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SCHWARZ, Roberto. **Seqüências brasileiras**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

TONET, Ivo. **Cidadão ou homem livre?** 2004. Disponível em: http://ivotonet.xpg.uol.com.br/arquivos/cidadao_ou_homem_livre.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index**, 2016. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em: 23 dez. 2018.

OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Julian Nogueira de Queiroz

INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais peculiares do Direito (e, quiçá, um dos menos esclarecidos) relaciona-se à moderna concepção de serviço público no cenário jurídico-constitucional atual. Talvez tal circunstância se evidencie pelo fato de ter a conceituação do referido instituto sido alvo de inúmeras alterações ao longo da histórica jurídica dos países que seguem a tradição romanística, e, neste aspecto, tantas mutações findam por repercutir substancialmente no conteúdo jurídico do fenômeno que se analisa, tal como se percebe no tratamento diferenciado que a nossa atual Carta Constitucional conferiu aos citados serviços públicos.

Com efeito, pode-se vislumbrar (como adiante será demonstrado) que o texto de 1988 outorga um regime jurídico diferenciado para o desempenho de atividades para as quais denominou *serviço público*, dando-lhes conotação diversa daquelas que são livremente desempenhadas pela iniciativa privada, sem tamanha intervenção regulatória do Ente Estatal. A razão para tal discrepância é, no entanto, extremamente plausível: embora considerado o serviço público como uma *atividade econômica em sentido amplo*, o seu caráter social, ou melhor, a sua função e consecução dentro do cenário social, lhe assegura um regramento jurídico mais cauteloso por parte do Estado

(como, por exemplo, a exigência de licitação para sua delegação aos particulares, conforme art. 175, CF/88), distante do que normalmente se exige para o mero desempenho de uma atividade econômica qualquer, despida da necessidade coletiva que o serviço público traz em seu íntimo.

Há, pois, uma distinção significativa entre a natureza jurídica dos serviços públicos e àquela dispensada às atividades econômicas em sentido estrito, visto que os regimes jurídicos estabelecidos para cada modalidade são diametralmente contrapostos, face à submissão, quando à primeira, a uma série de princípios que implicam a necessidade de o particular, no momento de sua consecução, prestar atenta observância aos imperativos do interesse social, sempre sob a supervisão estatal, e, quanto à segunda, a parcial ausência desse compromisso por parte do agente econômico, que se vê submetido a um arcabouço jurídico bastante distinto, tendo ampla liberdade de atuação para o aferimento de seus interesses particulares.

ANÁLISE DA DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS

A acepção “atividades econômicas”, entendida em seu sentido amplo, compreende, segundo lição de Eros Roberto Grau, de um lado, os serviços públicos e, de outro, as atividades econômicas em sentido estrito, cuja diferenciação, como visto, consiste no regime jurídico adotado em cada modalidade (GRAU, 2004).

Na verdade, a adequação do serviço público como espécie de atividade econômica surgiu com a necessidade de submeter o serviço público às regras concorrenciais do mercado, através de uma política de desestatização (iniciada, sobretudo, nas décadas de 80 e 90 do século passado), resultando em um processo cuja característica principal foi

romper com os padrões clássicos do instituto, especialmente no que tange aos seus critérios identificadores.

Tal rompimento fez surgir a ideia de “crise” do serviço público⁷, na qual a doutrina sustenta o declínio da noção clássica desta espécie de serviço, que nada mais é que um reflexo da polêmica relacionada à imprecisão dos conceitos relacionados aos critérios identificadores da noção de serviço público, critérios estes que, usualmente, são classificados em três acepções: o critério orgânico ou subjetivo, o critério material ou funcional, e, por fim, o critério formal.

A diferença entre os dois regimes, como pondera Ubirajara Costódio Filho, longe de ser um mero diletantismo acadêmico, ganha especial relevância quando observados os *efeitos jurídicos* que a inclusão de uma dada atividade em uma ou outra modalidade pode resultar, vez que, se, por um lado, certa matéria for enquadrada como serviço público, surge, para o Estado, o dever de desempenhá-la diretamente, sob um regime jurídico administrativo, ou mediante delegação à iniciativa privada, sempre por meio de outorga estatal, ao passo que, se subsumida ao regime das atividades econômicas em sentido estrito, submete-se às normas típicas do direito privado, marcadas pela livre iniciativa e pela consensualidade (CUSTÓDIO FILHO, 2006).

A origem da pretensa dicotomia “serviço público e atividade econômica” originou-se desde meados da década de oitenta, quando começou a ser implantado no Brasil, bem como na esmagadora maioria dos países ocidentais, um contínuo processo de desestatização consubstanciada na delegação de atividades, outrora prestadas com exclusividade pelo Estado, para a iniciativa privada (MEDAUAR, 2003).

7 Neste sentido descreve Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “O tema da crise começou a se delinear com a alteração do elementos integrantes da noção que originalmente se propôs do serviço público, destacados, respectivamente, nos conceitos subjetivo, material, e formal, isto é, a pessoa que o presta, a atividade de interesse geral e o regime que o regula” (GROTTI, 2003. p. 53).

Neste ponto, vale destacar a valiosa lição de Odete Medauar, para quem a expressão *desestatização* deve ser interpretada como sendo um processo no qual se confere mais autonomia para a sociedade reger seu destino, com menos participação do Estado. Assim, dentro desta concepção ampla de desestatização estariam abarcadas a desregulamentação e a privatização. A primeira consistiria na total ou parcial eliminação da influência estatal sobre o mercado, enquanto a segunda (privatização) poderia aparecer, num sentido amplo, como um meio de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado, e, em sentido estrito, um processo de transferência de empresas estatais para os particulares.

E foi justamente neste contexto que se fez brotar na doutrina nacional uma série de divergências envolvendo as concepções de serviços públicos e atividades econômicas, visto que, conforme salientado, o arcabouço jurídico traçado pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu diferentes efeitos no que diz respeito ao regime jurídico estabelecido.

Quando uma atividade é classificada como serviço público, o seu desempenho pelo particular somente pode ser perpetrado mediante *concessão* ou *permissão*, sempre precedida de licitação, conforme determina o art. 175 do texto constitucional. Em contrapartida, as atividades ditas “econômicas” independem de qualquer procedimento licitatório, visto serem livres à iniciativa privada, prescindindo de qualquer manifestação da Administração Pública, salvo em alguns casos específicos, previstos em lei, nos quais se exige mera *autorização*, conforme preceitua o parágrafo único do art. 170 da Magna Carta.

A partir da análise destes dispositivos, percebe-se que tal distinção submete o tratamento das atividades inseridas no rol de serviços públicos em um regime jurídico diverso daquelas atividades que são livremente exploradas pelos particulares (submetidas às regras emanadas do direito privado), qual seja, o regime jurídico administrativo.

Nesse prisma, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que o elemento formal (ou seja, a submissão a um regime jurídico diferenciado) confere à noção de serviço público um caráter jurídico, sendo, portanto, decisiva a sua observância para fins de caracterizar determinado serviço como sendo “serviço público” (MELLO, 2004, p. 625). Segundo o prestigiado autor, serviço público seria exatamente aquela atividade que se consubstanciava através de um regime jurídico especial, exorbitante do direito privado, instituído pelo Estado com o objetivo de consagrar determinados fins (MELLO, 1968).

No mesmo sentido é a posição de Marçal Justen Filho, para quem “a atividade de serviço público é subordinada ao *regime de direito público* como consequência de sua natureza funcional” (JUSTEN FILHO, 2006, p.379), e José Eduardo de Alvarenga, para quem o regime jurídico a ser conferido ao serviço público há de ser “o de direito público”, a fim de outorgar-lhe prerrogativas e privilégios diversos do direito comum (ALVARENGA, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se perceber que a falta de clareza do legislador constitucional no trato da matéria, em especial à ausência de formulação precisa de um conceito de serviço público, gera uma série de incontrovérsias sobre a aplicabilidade das regras de tal instituto sobre as atividades econômicas em geral realizadas pelos particulares.

Vê-se que ora o constituinte trata certas atividades como inseridas no regramento de um regime jurídico diferenciado (qual seja, as normas que disciplinam o serviço público), mediante a adoção de um tipo de outorga inerente à tais serviços (a saber, a concessão ou a permissão), ora as trata como subsumidas a um regime de direito

privado (segundo, pois, as leis do mercado), elencando a autorização como ato administrativo utilizado como instrumento de outorga.

Certo é que, até que se venha uma lei ou emenda constitucional promovendo, com a tecnicidade que a situação demanda, a diferenciação entre os dois institutos no campo do direito positivado, haveremos de ter sempre essa divergência doutrinária acerca da matéria, dificultando a percepção da matéria como parte integrante do sistema jurídico, e permitindo que conceituações não técnicas sejam inseridas em nosso ordenamento (como sucedeu com o regime de outorga dos serviços de telecomunicações no âmbito da telefonia móvel).

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Eduardo de. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO, AGROTÓXICOS E REGULAÇÃO: O VENENO À MESA

Maria Goretti Dal Bosco

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada o documento mais relevante a tratar seriamente do direito à alimentação, incluído no artigo 25 (SIQUEIRA, 2015), seguido depois pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos, criado pelo Pacto de mesmo nome. Esse é considerado o maior documento de Direito Internacional sobre a matéria (MULLER, 2014). O Brasil é signatário de ambos os documentos (a Declaração e o Pacto) e, também do Pacto de San José da Costa Rica, que contempla igualmente o direito à alimentação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – promulgada pela Assembleia das Nações Unidas, em 1948, entre os direitos sociais, formalizou o direito à alimentação no inciso 1, entre os direitos capazes de proporcionar um padrão de vida que assegure saúde e bem-estar da pessoa e de sua família.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em seu Relatório Especial para o Direito à Alimentação, igualmente prevê que o direito à alimentação adequada é inerente a todas as pessoas, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, respeitando-se a cultura alimentar dos povos.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC): adotado pelas Nações Unidas em 1966, entrou em vigor, em 1976, reconhece por seus Estados Partes o direito fundamental de todas as pessoas estarem protegidas da fome, assumindo estes Estados a tarefa de promover ações individualmente e por meio da cooperação para melhorar a produção, conservação e distribuição dos alimentos, entre outras coisas, para assegurar repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais.

A Declaração de Viena, em 1993, na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, enquanto programa de ação em direitos humanos, reafirmou esses direitos como universais, interdependentes e inter-relacionados. Vários mecanismos regionais e nacionais surgiram para implementar direitos específicos, tais sejam, direitos à moradia e à alimentação.

Em novembro de 1996, a Cúpula da Alimentação Mundial adotou a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar, na qual os participantes se comprometeram a implementar, monitorar e acompanhar o Plano de Ação da Cúpula em todos os níveis, em cooperação com a comunidade internacional (Compromisso Sete). Para este fim, foram definidos cinco objetivos, entre eles, o de todas as pessoas estarem livres da fome, pela implementação progressiva do direito à alimentação, de modo a alcançar a segurança alimentar para todos.

Além destes documentos, pode-se mencionar o tratamento da matéria no Código Alimentar (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura – FAO e Organização Mundial da Saúde – OMS).

Por alimento, pode-se considerar, com NUÑES SANTIAGO (1992):

Toda substância, sólida ou líquida, elaborada, semi-elaborada ou bruta que, por via oral, exclusivamente, no todo ou em parte possa ser ingerida por um ser vivo

para satisfazer as necessidades fisiológicas, dando ao organismo os materiais e energia necessários para o desenvolvimento dos processos biológicos e/ou com fins organolépticos, para o desenvolvimento psicológico e afetivo.

A alimentação adequada pode ser considerada aquela cuja disponibilidade do alimento exista:

[...] em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitáveis para uma dada cultura e, a acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos” (GAMBA; MONTAL, 2009).

O Direito Humano à Alimentação Adequada tem duas dimensões: o direito de estar livre da fome e o direito à alimentação adequada. Compreende disponibilidade de alimentos, adequação, acessibilidade e estabilidade do acesso a alimentos produzidos e consumidos de forma soberana, sustentável, digna e emancipatória (CONSEA, 2010).

Relatório do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), de 2010, afirma que o DHAA se realiza quando todas as pessoas têm acesso garantido e ininterrupto à alimentação adequada e saudável por meios próprios e sustentáveis. As estratégias para a realização do DHAA são múltiplas e pressupõem a garantia de outros direitos humanos. Cabem aos Estados da Federação as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos, já que cabe a eles a guarda e a execução do orçamento público.

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988 não tratavam do direito à alimentação, apenas a de 1934 trouxe previsão do direito

à subsistência individual e familiar. Nem mesmo a última Carta trouxe originalmente menção a esse direito, que resultou inserto a partir de uma emenda, a de n. 90, que acrescentou a previsão ao art. 6º., consagrando a alimentação enquanto direito fundamental social – inserida no direito à vida e à subsistência.

A contaminação dos alimentos pelo excesso de uso de agrotóxicos, todavia, vem comprometendo seriamente a efetivação desse direito, trazendo prejuízos ainda às pessoas que manipulam esses produtos e ao ambiente. A situação ameaça agravar-se ainda mais se aprovada a nova lei de regulação da produção, comercialização e uso desses pesticidas, como se verá no desenvolvimento do trabalho.

A REALIDADE BRASILEIRA DA CONTAMINAÇÃO DE PESSOAS E DE ALIMENTOS

O Brasil é campeão mundial no uso de agrotóxicos, posição que era dos Estados Unidos nos anos 2000 (Londres, 2017). Atribui-se anualmente uma média de 5,2 litros de venenos por brasileiro, o equivalente a duas garrafas e meia de refrigerante, ou a 14 latas de cerveja. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017) e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA, 2015), entre 2007 e 2013, a relação de comercialização de agrotóxicos por área plantada aumentou em 1,59 vezes: passou de 10,32 quilos por hectare para 16,44 kg/ha. No mesmo período, a quantidade de agrotóxicos comercializados subiu de 643 milhões para 1,2 bilhão de quilos.

O aumento é desproporcional ao aumento da área plantada: Nesse mesmo período, a área plantada total aumentou de 62,3 milhões para 74,5 milhões de hectares. O comércio cresceu 90,4%, enquanto a área plantada aumentou 19,5%. O mercado nacional de agrotóxicos

cresceu 190% em dez anos, de 2000 a 2010, mais do que o dobro dos índices mundiais, que alcançaram 93% (MAPA,2016).

Dados da ANVISA mostraram que o uso do produto “glifosato” aumentou entre 2003 e 2009, de 57,6 mil para 300 mil toneladas. No período de 2009 a 2017, segundo dados da ANVISA (2018), o uso desse pesticida subiu de 119,1 mil para 173,1 mil toneladas, depois de atingir a quase 195 mil toneladas em 2015. O Sistema de Agrotóxicos Fitossanitários (Agrofit) do Ministério da Agricultura registrou que em 2013, entre os dez produtos agrotóxicos mais vendidos no Brasil, por princípio ativo, constou o glifosato em primeiro lugar, num total de 411 bilhões de quilos. Esse produto foi considerado em 2015 como provável causador de câncer em seres humanos, pela *International Agency for Research on Cancer (IARC)* (2015) da Organização Mundial da Saúde, tendo a agência elevado o risco do produto para o Grupo 2A.

O anúncio provocou grande apreensão entre cientistas brasileiros e levou o Ministério Público Federal a recomendar a Anvisa a conclusão dos estudos que vem realizando sobre a toxicidade e riscos do produto e o seu banimento do mercado nacional (WEISSHEIMER, 2015). Os estudos acabaram por afirmar que o produto não contém propriamente os riscos alegados, por não ser carcinogênico, mas a agência recomendou diversas alterações em protocolos de fabricação e utilização do produto.

Além disso, em outro relatório, a Anvisa informou que “Alguns estudos trazem indícios de que a casca da laranja e do abacaxi tem baixa permeabilidade aos principais agrotóxicos detectados nas situações de risco, reduzindo a concentração dos resíduos na polpa”. Vê-se, assim, a gravidade da ausência de regulação específica capaz de conter os avanços do uso de tais produtos, alguns deles, inclusive, proibidos há muito tempo em países desenvolvidos.

A região agrícola de Mato Grosso tem histórico de uso indiscriminado de agrotóxicos. PIGNATI et al (2014) relatam a pulverização de 140,8 milhões de litros de agrotóxicos por avião e trator em municípios

da região a menos de 10 metros de fontes de água potável, córregos, de criação de animais e de moradias humanas. Houve contaminação de resíduos de vários tipos de agrotóxicos em 83% dos 12 poços de água potável de quatro escolas do interior monitoradas durante dois anos (e também da cidade). O mesmo ocorreu com 56% das amostras de chuva colhidas nas imediações das escolas e 25% das amostras de ar, nos pátios das mesmas escolas (PIGNATI, 2016).

Em Lucas do Rio Verde, Mato Grosso, pesquisadores da Universidade Federal e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) realizaram estudos no período de 2007 a 2014, com a participação de alunos e professores de quatro escolas da cidade, para avaliar o impacto dos agrotóxicos sobre a saúde humana e ambiental. Os resultados indicaram a presença de agrotóxicos em 88% das amostras de sangue e urina dos professores das escolas avaliadas.

Um dado preocupante para os pesquisadores foi encontrado nos níveis de resíduos de agrotóxicos nas amostras de professores que moravam e atuavam na zona rural, porque evidenciaram o dobro daqueles verificados em professores residentes na zona urbana da cidade (PIGNATI, 2016). A pesquisa também encontrou contaminação com resíduos de agrotóxicos na totalidade das amostras de leite materno, colhido junto a 62 mães que tiveram filhos e os amamentaram em Lucas do Rio Verde, no ano de 2010. No total, dez substâncias foram determinadas em amostras de leite materno coletado entre a 3ª e a 8ª semana após o parto (PALMA, 2011).

Outro grave efeito do uso indiscriminado de agrotóxicos detectado na pesquisa é a alta incidência de câncer infanto-juvenil, associada à exposição dos atingidos, desde o nascimento, aos produtos químicos, estabelecendo-se “[...] relação estatisticamente significativa com os indicadores de morbidade e de mortalidade por câncer em menores de 20 anos nos municípios do estado de Mato Grosso, nos períodos estudados” (CURVO *et al*, 2013).

Um estudo realizado pela organização *Human Rights Watch* (2018) com 78 moradores de zonas rurais, indígenas e quilombolas, afetados por agrotóxicos, concluiu que essas populações estão expostas pela pulverização dos produtos perto de suas casas, escolas e locais de trabalho, pois o veneno acaba por se dispersar ou evaporar durante a aplicação e atinge áreas no entorno nos dias subsequentes.

Notabilizou-se, no ano de 2013, uma intoxicação grave por pulverização aérea. Um avião da empresa Aerotex Aviação Agrícola, utilizando o inseticida Engeo Pleno, fabricado pela multinacional Syngenta despejou uma quantidade do inseticida sobre uma escola rural do Assentamento Pontal do Buriti, do município de Rio Verde, estado de Goiás, localizada a menos de 50 metros de uma plantação de milho e soja (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

O evento provocou intoxicação aguda de 92 pessoas, a maioria crianças e adolescentes (casos estes notificados no Sistema de Informações de Agravos de Notificação Sinan), que relataram como sintomas náuseas, vômitos, tonturas, cefaleias, convulsões e irritações na pele.

Durante o ano de 2017, 4.003 pessoas tiveram intoxicação por exposição aos agrotóxicos, segundo dados do Ministério da Saúde. Mas o órgão admite que os números estão longe de ser reais, pois existe a possibilidade de que os casos de exposição crônica aos químicos tóxicos estejam subnotificados, em virtude da baixa capacidade dos serviços de saúde para reconhecer a maioria dos eventos de intoxicação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). Em dez anos, os casos praticamente dobraram, pois foram 2.093 casos em 2007.

E em 2017, 164 pessoas morreram depois que tiveram contato com o veneno. Outras 157 ficaram incapacitadas para o trabalho, não levando em conta ainda, as que evoluíram para doenças crônicas como câncer e impotência sexual. A notificação compulsória imediata deve ser realizada pelo profissional de saúde ou responsável pelo serviço assistencial que prestar o primeiro atendimento ao paciente, em até

24 horas desse atendimento, pelo meio mais rápido disponível. A autoridade de saúde que receber a notificação compulsória imediata deverá informá-la, em até 24 horas desse recebimento, às demais esferas de gestão do SUS.

Na comunidade internacional, a preocupação com os agrotóxicos também é bastante presente. A ONU e suas diversas instituições que tratam de agricultura, alimentação e direitos humanos demonstraram discordância com o contínuo aumento do uso de pesticidas e herbicidas. Essa divergência ficou marcada no *Report of the Special Rapporteur on the right to food* de 2017 (ONU, 2017), apresentado ao Conselho de Direitos Humanos. No relatório, é defendida a posição de que os agrotóxicos representam um perigo à saúde humana e um impeditivo à realização da agenda dos direitos humanos.

O relatório confirma, além disso, a hipótese de que os países subdesenvolvidos têm uma relação muito mais problemática com o uso de tóxicos na agricultura: agrotóxicos causam aproximadamente 200 mil mortes por envenenamento ao ano e 99% ocorrem em países mais pobres. Essas mortes estão intimamente ligadas à falta de regulação efetiva e do pouco *enforcement* das leis vigentes, e normalmente ocorrem com trabalhadores ou moradores das áreas camponesas. Para além desse dano, o relatório cita também os danos ambientais prementes da aplicação generalizada e irrestrita, e justamente nos países subdesenvolvidos que, de modo geral, possuem ecossistemas mais delicados e complexos (ONU, 2017). A Monsanto, fabricante de produtos químicos, teve um grande aumento no número de processos contra ela desde que foi condenada, no início de agosto de 2018, a pagar indenização a um homem com câncer terminal. Nos Estados Unidos, o número de ações saltou de 5,2 mil para 8 mil depois que a Justiça americana sentenciou a empresa a pagar US\$ 289 milhões (cerca de R\$ 1,1 bilhão) ao jardineiro Dewayne Johnson (BBC NEWS, 2018).

A Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO, 2015) desenvolveu estudos reunindo as pesquisas com esses químicos e publicou um dossiê contendo uma infinidade de informações sobre os malefícios causados ao homem por agrotóxicos.

Para citar apenas alguns dos produtos relatados no dossiê, sobre os quais experiências científicas já existem em seres humanos, pode-se mencionar aqueles do grupo piretroide, usados na agricultura, no ambiente doméstico e em campanhas de saúde pública como inseticida, os quais estão associados a diversos efeitos graves sobre a saúde humana e de animais.

Pesquisa realizada pela Agência Nacional de Saúde no período de 2013-2015 (ANVISA, 2017), detectou a presença de resíduos de agrotóxicos considerados de risco agudo para a saúde humana em 1,11% das amostras monitoradas, o que representa apenas 13 alimentos pesquisados, mas o mesmo documento ressalva que a presença de agroquímicos em concentrações muito baixas pode não representar riscos à saúde humana “à luz do conhecimento atual”, visto que ainda não existem comprovações definitivas de que tais produtos não apresentem efeitos a longo prazo.

Foram analisados diversos produtos, mas apareceram quantidades significativas de agrotóxicos nas amostras dos seguintes: laranja, abacaxi, couve, uva, alface, mamão morango, manga, pepino, feijão, goiaba, repolho e maçã.

Abacaxi e laranja são os produtos com mais alto índice de contaminação, mas a Anvisa justificou que o nível de permeabilidade das duas frutas permite que as substâncias não alcancem o núcleo em grandes quantidades.

O “PACOTE DO VENENO”

No Brasil, a Lei a 7.802/89, no art. 2º, Inciso I, define agrotóxicos e afins, como os produtos e componentes de processos físicos, químicos ou biológicos que estejam destinados ao uso na produção, armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, em pastagens, proteção de florestas nativas ou implantadas e de outros ecossistemas. Além disso, são assim considerados os que se utiliza em ambientes urbanos, hídricos e industriais, com a finalidade “[...] de alterar a composição da flora e da fauna, a fim de preservá-la da ação danosa de seres vivos considerados nocivos, bem como substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores do crescimento”.

A fiscalização da produção, registro e comercialização dos agrotóxicos, no âmbito federal, é desempenhada pela ANVISA, pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). A competência para legislação é concorrente entre União e Estados federados, nos termos do art. 10 da Lei n. 7.802/89, cabendo aos municípios legislar supletivamente no que se refere ao uso e armazenamento de agrotóxicos, seus componentes e afins (art. 11).

O “Pacote do Veneno”, assim chamado o Projeto de Lei número 6.299/2002, que tramita na Câmara dos Deputados, é um apensado de outros 29 projetos que vem desde 1999. Teve origem em outro, o de número 3.299/2000, proposto pelo Senador Blairo Maggi. O substitutivo atual proposto pelo deputado Luís Covatti Filho (PP-RS), relatado pelo deputado Luiz Nishimori (PR-PR), foi aprovado na Comissão Especial da Câmara e depende da aprovação do Plenário das duas Casas legislativas. Prevê a revogação da legislação reguladora do setor, para estabelecer uma nova lei com 85 artigos, ao contrário da atual, que tem apenas 23.

O projeto busca modificar a atual Lei de Agrotóxicos no Brasil (Lei 7.802/89), responsável por regular a produção, registro, comercialização, transporte, embalagem e rotulagem, entre outras atividades relacionadas àqueles produtos no país e suas consequências.

Será um verdadeiro desastre, dizem os expertos na área, caso seja aprovado pelo Legislativo brasileiro, nos moldes nos quais está construído. Como está, o projeto visa implementar uma política que pode ser entendida como de fomento ao uso dos agrotóxicos, facilitando em certos pontos os registros e permitindo o uso de genéricos.

Também está em discussão, mas com baixas chances de aprovação, a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos (PNARA), no Projeto de Lei 6670/16, proposta legislativa que objetiva diminuir o uso de agrotóxicos no Brasil por uma gradual substituição dessas práticas por práticas de agricultura sustentável, não danosas ao meio ambiente ou ao ser humano.

PRINCIPAIS PONTOS PRECUPANTES DO “PACOTE DO VENENO”

MUDANÇA DE DENOMINAÇÃO: DE AGROTÓXICOS PARA DEFENSIVOS FITOSSANITÁRIOS

A primeira mudança que se percebe ao analisar o substitutivo proposto é uma mudança de ordem etimológica. No novo texto, não se usa o termo agrotóxico em momento algum. A descrição da lei afirma que “regula Defensivos Fitosanitários”, e no interior do texto se usam os termos “pesticidas” para designar os produtos agrotóxicos usados em produção agrícola para se livrar de pragas e pestes, e “produtos de controle ambiental” para os produtos com o mesmo fim, mas usados na proteção de ecossistemas.

A palavra “agrotóxico” é uma criação originalmente brasileira, não sendo encontrada desta forma em nenhum outro idioma. O termo é extremamente eficiente por incluir o carácter tóxico desses produtos na própria nomenclatura, evidenciando que se tratam, de fato, de venenos. E isso é assim porque são destinados a envenenar certos agentes biológicos, sejam insetos, ervas daninhas ou fungos. O carácter tóxico é absolutamente essencial à ação dos agrotóxicos, e a confusão que se faz não é confusão de modo algum. O nome “agrotóxico” transmite com clareza tratar-se de algo venenoso.

O artigo 6º, inciso III do CDC deixa muito claro que o consumidor tem direito a ser informado das características essenciais de um produto. O dever de informar é tanto contratual quanto pré-contratual.

Contratualmente, a informação pode e deve ser prestada tanto por escrito no instrumento contratual, quando esse houver, ou nos rótulos e bulas das embalagens. O PL em questão trata desse momento contratual no Capítulo VII, artigos 39 a 45.

Essa parte contratual, porém, só diz respeito ao consumidor direto dos agrotóxicos, que é, normalmente, o produtor aplicador. Este é quem tem acesso de fato à embalagem e à bula, e deve tomar as precauções de segurança e afins. Mas deve-se levar em conta o segundo consumidor, indireto, que consome o agrotóxico através dos produtos produzidos com sua utilização.

A mudança conforme a proposta é uma tentativa de mascarar essa característica, tratando-se de clara prática abusiva contra o consumidor. A informação é um direito absolutamente imprescindível para que o consumidor possa agir conscientemente nas suas escolhas, e ao remover do termo o carácter tóxico se está removendo do consumidor a possibilidade de racionalizar suas escolhas por produtos que tenham ou não uso de agrotóxicos em suas cadeias produtivas.

EXCLUSÃO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

A Seção II do Projeto trata das Competências da União, dos Estados e dos Municípios. Originalmente, a nova Lei preveria que os Estados e Municípios estariam proibidos de legislar sobre a regulação dos agrotóxicos. Uma nota técnica emitida pelo Ministério Público Federal tratou de mostrar a inconstitucionalidade desse dispositivo, tendo sido após isso alterado para prever que os Estados e Municípios podem legislar supletivamente, desde que cientificamente embasados.

EXCLUSÃO DO PODER DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

A atual Lei divide o poder de autorizar ou não a produção, importação, exportação, uso e comercialização dos agrotóxicos entre três ministérios: o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA); o Ministério da Saúde (MS), através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); e o Ministério do Meio Ambiente (MMA), através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Os três Ministérios são responsáveis de forma relativamente igual pelo processo de registro, fiscalização e afins.

No projeto da nova Lei, o artigo 4º determina que os agrotóxicos utilizados em produção agrícola serão de competência do MAPA, e aqueles de controle ambiental serão tratados pelo MMA. Assim, cada um desses órgãos terá o poder de registrar os produtos que lhe atribuídos. No restante da lei, quanto o texto determinar alguma competência ou algum poder, serão sempre do “registrante” sobre o produto registrado. Assim, o MAPA se torna o encarregado de tudo o que diz respeito a produtos agrícolas, e o MMA se encarrega do que estiver relacionado a produtos ambientais.

O artigo 6º define a posição do Ministério da Saúde como sendo de apoio técnico aos outros dois órgãos, o que faz com que, mesmo

com a competência de realizar análises e avaliações, a ANVISA estaria supletivamente atuando no caso de aprovação do texto, uma posição periférica. A agência perde o poder de veto aos agrotóxicos, além de várias outras atribuições de fiscalização, uma exclusão quase total da área da saúde do processo de regulação dos agrotóxicos. Essa possibilidade levou a própria ANVISA a emitir nota técnica se adotando posição contrária ao Projeto, sob a alegação de que representaria exclusão de suas atribuições no tema e um grande e grave erro social.

RISCO ACEITÁVEL

As proibições de registro de agrotóxicos estão previstas na Lei 7.802/89, em seu artigo 3º, parágrafo 6º, o qual, de forma excepcional, veda produtos que apresentem “[...] características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas” ou “[...] para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil”. Na nova legislação, essa proibição foi suprimida e, em seu lugar, no artigo 4º, parágrafo 3º, se prevê a proibição de pesticidas e produtos de controle ambiental que apresentem risco inaceitável, mesmo depois de aplicada a gestão de riscos. Os dois conceitos estão definidos no artigo 3º: risco inaceitável é aquele insatisfatório por ser inseguro ao ser humano mesmo depois da chamada gestão de riscos, representada pelo processo de ponderação de fatores sociais e econômicos e políticos que envolvam as partes, podendo incluir medidas de proteção. A ausência de um conceito absoluto limita muito as possibilidades de proibição de agrotóxicos. Dado que o controle do processo estará afeito ao MAPA, e os critérios para proibição de agrotóxicos são extremamente subjetivos, é possível presumir-se serão diminuídos em muito os casos em que um produto poderá ser vedado em função de seus danos à saúde humana. E a exclusão da ANVISA do processo de fiscalização ainda piora em muito a situação, o que levou o Ministério Público Federal, em nota técnica,

a alegar a inconstitucionalidade das novas regras nesse sentido. Isso porque elas lesam de forma evidente o direito à saúde e o direito à alimentação adequada, quando permitem que sejam utilizados agrotóxicos comprovadamente perigosos ao consumidor, desde que esse perigo seja “aceitável”, o que denota subjetividade significativa enquanto critério de avaliação.

SUPRESSÃO DOS LEGITIMADOS A PLEITEAR CANCELAMENTO DE REGISTRO

Tema tratado pela atual Lei de Agrotóxicos, está suprimido pelo PL 6299/00 uma relação de pessoas legitimadas a requerer que seja cancelado o registro de agrotóxicos com alta nocividade. No artigo 5º da Lei 7.802/89 estão legitimadas várias instituições e agentes, grande parte no âmbito civil, para requerer aquele cancelamento, devendo apenas arguir a possibilidade de dano ao ambiente, à saúde ou aos animais.

PRODUTOS GENÉRICOS

A Lei 9.787/99, que estabeleceu os medicamentos genéricos para humanos parece ser agora a inspiração dos autores do projeto da nova lei para tentar implantar no país uma política de agrotóxicos genéricos. De modo semelhante aos medicamentos para humanos, seriam genéricos os agrotóxicos que têm o mesmo princípio ativo constante em outro, ainda que com alterações na fórmula, ou mesmo somente produzidos por outra empresa para cumprir função idêntica e para seguir as mesmas orientações de segurança. São resultado de uma produção originada em produto técnico equivalente.

A nova legislação busca permitir, ao mesmo tempo a produção de genéricos, facilitando seu registro e fomentando seu uso. O art. 3º. define os termos estão e os artigos seguintes facilitam o registro

de produtos equivalentes e idênticos. No art. 15, se constata a permissão para registro de produto idêntico, apenas a partir do depósito, pelo autor do registro da nova marca no órgão responsável, com base em outro idêntico já registrado.

Nos arts. 19 e 20, vê-se o caso do registro por equivalência, tendo o ingrediente ativo comum aos dois, mas com outros elementos bioquímicos diversos. Mesmo com restrições maiores (apresentação de estudos e testes de equivalência pautados pela FAO), busca-se o mesmo objetivo: facilitar o registro de um produto similar a outro legalizado anteriormente.

RESPONSABILIDADE DO REGULADOR

Além de todas as previsões pouco animadoras para os defensores da qualidade do meio ambiente e da redução do uso dos agrotóxicos, há outra extremamente complexa, que se vê no art. 12, parágrafo 4º., determinando que o órgão federal que estiver responsável por registrar o produto deve obedecer aos prazos previstos no art. 3º., § 1º., ou o responsável poderá ser penalizado nos termos da Lei 8.112/90, que trata dos deveres e direitos dos servidores públicos civis da União.

Equivale dizer que haverá punição para quem não cumprir prazos na liberação de novos produtos, numa previsão de celeridade para registro de substâncias tóxicas que não tem nenhuma conotação de serviço ou produto essencial. Importante lembrar aqui que esse dispositivo abre a possibilidade de grave risco de que o órgão regulador federal, por meio de seu agente, acelere a liberação do registro por

receio de responsabilização, com graves erros na aprovação de um produto com alto potencial de nocividade.

SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

Talvez ainda mais grave que outros pontos do projeto já abordados, sejam as situações em que poderão ser emitidas autorizações excepcionais uso, produção ou importação de agrotóxicos. Trata-se do Registro Especial Temporário e Autorização Temporária. O primeiro é semelhante ao que está previsto na lei atual, que permite a situação para produtos usados em pesquisas e estudos e a segunda, autoriza com prazo determinado a comercialização de determinado produto. Ambas as figuras funcionam de forma idêntica, prevista no artigo 3º, parágrafos 6º. a 12, permitindo que sejam expedidos aqueles instrumentos quando tratar-se de produção, uso ou importação de um agrotóxico já registrado para usos similares ou aplicações similares em, pelo menos, três países-membros da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e que observem normatização de agrotóxicos prevista pela FAO.

A permissão vale até que se delibere sobre a decisão final, que pode revogar o uso do produto. Além disso, estão previstos outros casos no artigo 18, que trata de emergências fitossanitárias, e do artigo 17, que trata da exportação. O mecanismo ignora diferenças de condições geográficas e ambientais entre países-membros da OCDE, facilitando, ainda, a propagação de um produto cuja relação com a fauna e a flora pode ser completamente diversa entre um local e outro.

A situação ainda mais se agrava se for levada em conta a supressão do processo de regulação de agrotóxicos para agricultura justamente do Ministério do Meio Ambiente, dada a irreversibilidade de interações ao ambiente do local de aplicação.

FUNDO FEDERAL AGROPECUÁRIO

Por fim, apenas para não alongar muito a discussão, o Projeto de Lei 6299/00 cria uma série de multas a serem aplicadas pelo poder público, de acordo com o artigo 55 e seus parágrafos, além de uma taxa de avaliação de registro, a ser cobrada de interessados no registro e afins. O resultado dessa arrecadação será destinado ao Fundo Federal Agropecuário (FFAP), de acordo com a previsão do artigo 60.

O Projeto também altera a Lei Delegada nº 8, de 1962, conferindo ao Fundo uma gestão participativa de todos os ministérios envolvidos, de indicados do setor agrícola e do setor da indústria química, assim como de um membro de órgão federal de pesquisa agropecuária. A presidência será necessariamente do representante do MAPA, e todos os membros serão escolhidos pelo Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Longe de ser inclusiva, quanto parece, a gestão está centralizada no MAPA, que controla totalmente os fundos, fazendo parte recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente e do Fundo Nacional de Pesquisas Científicas. Para além disso, o artigo 61 obriga o uso do Fundo para “[...] fiscalizar e fomentar o desenvolvimento de atividades fitossanitárias e a promover a inovação tecnológica do setor agrícola em sanidade vegetal.”

Logo, ao que parece, a nova lei vai funcionar como a raposa no galinheiro: vai entregar ao MAPA, e conseqüentemente ao agronegócio, fundos que pertencem, tanto do meio ambiente quanto da pesquisa, além de da arrecadação que resultar da

regulação de agrotóxicos em geral. As disposições da lei dispositivos entregam o FFAP nas mãos do MAPA, e não incluem na gestão nenhuma entidade verdadeiramente representante direta da sociedade civil e da parte mais interessada, o consumidor final.

CONCLUSÃO

Num país com registros de altíssimo uso desses químicos, um dos maiores do mundo, de tantas mortes ocasionadas pela contaminação por agrotóxicos, ocorrências de intoxicações graves, com sequelas aos vitimados, é extremamente temerária a aprovação do projeto que resulta, em poucas palavras, de demandas das classes interessadas no aumento do uso de produtos, que vão desde afrouxamento dos padrões de registro até fomento do uso de produtos genéricos.

Reduzir as competências do Ministério do Meio Ambiente e da Anvisa está entre as mudanças mais perniciosas do novo texto. Mais ainda, é a gravidade de ignorar o possível impacto ambiental gigantesco em propriedades rurais, causados pelo uso de agrotóxicos. As lavouras não podem ser removidas do meio em que se encontram e o modo como se desenvolvem causa graves danos ao ecossistema no qual estão inseridas. Suprime-se todo o poder do Ministério do Meio Ambiente para a regulação de um produto responsável por graves prejuízos ao objeto de proteção para o qual existe. Vê-se que a presença do agrotóxico na produção agrícola traz sérias consequências para o ambiente e o Ministério responsável está excluído da regulação.

No que se refere à exclusão da ANVISA as consequências são ainda mais temerárias, tendo-se em conta que a os danos na fase de produção no campo pode estar presente na ponta da cadeia, atingindo diretamente a saúde do consumidor final. Esses prejuízos vão desde a saúde do trabalhador que utiliza o agrotóxico até a do consumidor do alimento produzido. A retirada da vigilância sanitária, na exclusão da Anvisa, cuja função será a de mero auxiliar no novo texto, significa redução considerável da proteção dos envolvidos nas várias fases pelas quais passam os gêneros produzidos no campo.

Diante de tão graves riscos, só aumenta a velocidade na ladeira sem travas na qual se coloca o país diante dessa discussão, em busca

da aprovação de uma lei que vai ainda mais piorar a já tênue linha de segurança que separa a produção e o consumo do que vem do campo.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). **Dossiê**

Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde.

CARNEIRO, Fernando Ferreira Carneiro *et al.* (org.). São Paulo:

Expressão Popular, 2015.

BRASIL. ANVISA. **Nota Técnica n. 23/2018.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/notas-tecnicas>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. ANVISA. **Lista de ingredientes ativos e com uso**

autorizado no Brasil. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>

Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Segurança Alimentar** (Consea).

Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/conferencias/>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Indicadores de Desenvolvimento Sustentável – Brasil 2015.

Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/recursos-naturais/ids/default_2015.shtm. Acesso em: 4 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Agricultura e Pecuária e Abastecimento

(MAPA). **Resumo de registros de agrotóxicos e afins.**

Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/informacoes-tecnicas>. Acesso em: 2 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Agrotóxicos na ótica do Sistema**

Único de Saúde: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em

Saúde, Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde

do Trabalhador. Brasília, 2016. Disponível em: <http://editora.saude.gov.br>.

Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório Nacional de Vigilância em Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_nacional_vigilancia_populacoes_expostas_agrotoxicos.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. **Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos** – PARA. ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/programa-de-analise-de-registro-de-agrotoxicos-para>. Acesso em: 11 jul. 2017.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **Direito humano à alimentação adequada**. Semina: Ciências Sociais e Humanas. Londrina, v. 30, n. 1, p. 53-70, jan./jun. 2009.

INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON

CANCER (IARC) **Monographs Volume 112**: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides. Disponível em: <https://www.iarc.fr/en/media-centre/iarcnews/pdf/MonographVolume112.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil** – um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: AS-PTA -Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/09/Agrotoxicos-no-Brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

MÜLLER, Marcela. **Direito Fundamental à Alimentação Adequada no Contexto das Organizações Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2014.

NUÑES SANTIAGO, Beatriz A. **Derecho alimentario**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

PALMA, Danielly Cristina de Andrade. **Agrotóxicos em leite humano de mães residentes em Lucas do Rio Verde – MT**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Mato Grosso,

Instituto de Saúde Coletiva, Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Cuiabá, 2011.

PIGNATI, Wanderlei; OLIVEIRA, Noemi Pereira; SILVA, Ageo Mário Cândido da. **Vigilância aos agrotóxicos**: quantificação do uso e previsão de impactos na saúde-trabalho-ambiente para os municípios brasileiros. *Ciência e Saúde Coletiva*, 2014.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Report of the Special Rapporteur on the right to food** de 2017. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/secretary-generals-speeches>. Acesso: 05 out. 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Teoria Geral do Direito à Alimentação**: Cultura, cidadania e legitimação. Birigui: São Paulo, 2015.

WEISSHEIMER, Marco. **MP Federal pede que glifosato seja banido do Brasil**. Abr. 2015. Disponível em: <https://www.sul21.com.br>. Acesso: 02 set. 2017.

O SABER-FAZER DO JURISTA PRÁTICO COMO PARADIGMA HERMENÊUTICO

Alessandra Macedo Asfora

INTRODUÇÃO

Gadamer procurou em toda a sua obra ultrapassar o dogmatismo da concepção moderna da ciência e de uma certa ideia de saber prático, o saber puramente pragmático, aquele que, regido pelas leis da pura eficácia, ainda hoje nos governa.

Lembra-nos, para isso, com base no mundo grego, que existiu uma outra ideia de sabedoria, a filosofia que nunca foi ciência, na acepção estrita em que esta palavra é hoje entendida pelas ciências positivas e especializadas, e que dizia fundamentalmente respeito ao mundo da vida do humano (GADAMER, 1983). Isto é, à sua capacidade de viver a práxis de forma meditativa.

A meditação filosófica não pode, pois, reduzir-se ao modelo de objetividade da ciência, tal é a tese que, na sequência de Husserl, o filósofo defende no conjunto de todos os seus escritos. Tese esta que o vai levar à defesa do caráter prático e hermenêutico do filosofar, socorrendo-se para isso do sentido mais envolvente do filosófico no mundo grego (GADAMER, 1983).

Tal é a problemática central da filosofia de Gadamer, aquela que o aproxima da Ética de Aristóteles e o faz levantar a questão: haverá alguma possibilidade de reinterpretar hoje a grande herança do saber que se cultivou por si mesmo e da filosofia prática da humanidade clássica?

O filósofo não se cansa de nos lembrar de que hoje o que nos dá que pensar é a finitude da práxis humana, aquela que a ciência moderna esqueceu e confundiu com a práxis técnica dos experts; que a capacidade humana de meditação ou *theoria* faz parte integrante da *praxis*; que à natureza humana pertence uma forma simbólica de *praxis* que nada tem a ver com uma forma automática de agir, pois é, pelo contrário, um tipo de ação que tem como objetivo manter fins remotos a alcançar e que deve sempre escolher ou decidir a favor de algo e contra algo, que a hermenêutica que ele que considera filosófica é uma filosofia prática e não uma metodologia das ciências humanas; que a filosofia prática implica uma hermenêutica (GADAMER, 1983).

O que é então uma filosofia prática, perguntemos, e qual a sua relação com a hermenêutica ou por outras palavras: será esta natureza hermenêutica da práxis o que a distingue de uma aplicação puramente pragmática? Depois de investigarmos a relação entre hermenêutica e filosofia prática ou compreendermos a partir de Gadamer que o processo de compreensão acontece no âmbito da *práxis*, nos questionaremos sobre a importância dessas reflexões gadamerianas para o direito. Ou seja, qual a importância de falar de filosofia prática por meio do resgate gadameriano da *phrónesis* aristotélica no âmbito da pesquisa jurídica? Quais as contribuições que autores que levam a sério o sentido mesmo do compreender como acontecimento podem oferecer para as investigações que pretendem superar, de algum modo, as tensões entre metodologia e verdade.

A HERMENÊUTICA QUE GADAMER CONSIDERA FILOSÓFICA É UMA FILOSOFIA PRÁTICA

No texto “A Hermenêutica como filosofia prática” (GADAMER, 1983) Gadamer começa por se interrogar sobre a razão pela qual a hermenêutica adquire uma grande atualidade filosófica no séc. XX.

Lembra-nos que ela começou por ser uma arte de interpretação, existindo ao lado das artes que permitiam a convivência humana, tais como a gramática, a retórica e a dialética: tal como a Retórica, a hermenêutica indicava uma capacidade natural do ser humano e significava a aptidão deste para as relações plenamente significativas com os outros homens (GADAMER, 1983).

Enquanto arte, a hermenêutica era então em primeiro lugar, um elemento prático da atividade de compreender e de interpretar, e Gadamer refere ainda que a expressão arte (*Kunstlehre*) tem a sua raiz na tradição aristotélica que hoje se perdeu e na qual existia uma filosofia prática que continuou viva até aos finais do séc. XVIII.

Ora, tal tradição formava os quadros sistemáticos de todas as artes, na medida em que todas elas estavam ao serviço da polis. A própria expressão aristotélica “filosofia prática” refere tanto a filosofia como a ciência, mas não o tipo de ciência que para os gregos era o modelo do conhecimento teórico, isto é, a matemática (GADAMER, 1983).

Prática era então todo aquele tipo de ciência que contradizia a filosofia puramente teórica, a qual envolvia a Física, ou seja, o saber da natureza, a matemática e a teologia (ciência primeira ou metafísica). A filosofia prática partia de um pressuposto que se perdeu com a Modernidade: uma vez que o homem é um ser político, a ciência política era o nível mais elevado da filosofia.

Ela não implicava qualquer oposição à ciência; a própria oposição à teoria, que é clara na classificação aristotélica das ciências, não é aqui determinante, como o prova a frase de Aristóteles, segundo a qual “chamamos ativo em grande medida àqueles que apenas se determinam através da sua produção intelectual”(ARISTÓTELES, 2009).

A própria teoria, como fim em si, era para o filósofo uma *praxis* de vida. Claro que tudo isto é para nós hoje muito estranho, uma vez que desde a modernidade o significado da *praxis* refere à aplicação do saber útil, com tudo o que esta aplicação tem de massificação,

de acomodação e mesmo de irresponsabilidade. Mas, e é bom não esquecer-lo: o campo conceitual originário que determina a palavra e o conceito de *praxis* nada tem a ver com uma aplicação da ciência; diz, pelo contrário, respeito aos modos de comportamento dos seres vivos, na sua mais ampla generalidade (GADAMER, 1983).

A *praxis*, enquanto é a vitalidade ou a qualidade do ser vivo, situa-se entre a atividade e o estar situado, significa a realização vital (*energeia*) do ser vivo em geral, ao qual corresponde um modo de vida. Ora, o modo de vida do homem é distinto do dos animais pela cidadania, que implica a regra universal e a *froairesis*, isto é, a capacidade de execução e escolha prévia (GADAMER, 1983).

Preferir cientemente uma coisa a outra e escolher de forma consciente as possibilidades, tal é a distinção específica do homem, a sua característica singular (GADAMER, 1983). A *praxis* humana não se reduz ao caráter natural de um comportamento, como acontece com os animais; ela é, pelo contrário, constituída pela interação, que pressupõe a pertença a regras e rituais e a decisão livre, por sua vez conduzida por uma ordem de preferências.

Além disso, de acordo com Aristóteles, a *praxis* não delimita os seus contornos pela distinção radical face à teoria, mas pelo contrário, face ao fabricar: “A filosofia prática determina-se através da diferença que existe entre o saber prático, daquele que livremente escolhe, e o saber aprendido do especialista, a que Aristóteles chama *techné*” (GADAMER, 1983).

Com efeito, a *praxis* nada tem a ver com as artes de oficina, os saberes pragmáticos ou úteis, que se podem aprender e esquecer ou com as habilidades, por mais que estas sejam essenciais à vida em comunidade. Diz, pelo contrário, respeito àquilo que cabe a cada um enquanto cidadão e àquilo que forma a sua *areté*; ela traz à consciência a maior distinção humana: poder submeter-se a regras e ser *froairesis* ou capacidade de escolha (GADAMER, 1983).

Nada é, pois, mais estranho à *praxis* do que a eficiência de uma eficácia cuja efetividade é apreciada pela sua utilidade; a *praxis* dá conta do ponto de vista do saber prudente, segundo o qual o homem pode preferir algo a algo e por isso ser responsabilizado. Poder escolher, poder agir e ser imputável, eis as grandes linhas da *praxis*, que pressupõe então a habitação das grandes narrativas, dos grandes mitos, rituais e ordenações (*ethos*), que fomentam a coesão social e política em que radica a responsabilidade e a solidariedade do viver em comum (GADAMER, 1983).

Então, enquanto a produção, própria da *poiesis*, artística ou técnica vale apenas pela obra produzida, (que lhe permanece sempre exterior) a atividade prática tem o seu fim em si mesmo. A ação não é a produção nem a produção é a ação. *Poiesis* e *praxis* são completamente diferentes: a arte (*techne*) diz respeito à produção e não à ação, no sentido de *praxis*. O princípio da ação, já vimos, é a escolha livre e esta é fruto do desejo e do logos orientados para um fim: a escolha não pode existir sem a inteligência e o pensamento não pode ser sem a disposição ética (GADAMER, 1983).

A ciência prática não é nem uma ciência teórica, ao gênero da matemática, nem um saber útil ou especializado no sentido da *poiesis*. No entanto, ela é ciência, uma ciência específica: um saber universal, sempre sob condições (GADAMER, 1983). Com efeito, baseado numa pertença a costumes, a normas e a tradições, que constituem a rede simbólica originária do agir ético e cidadão, este saber implica sempre uma mediação muito particular entre o desejo e a razão e ainda um entendimento com a situação na qual o ético deve ser recriado (GADAMER, 1983).

O mesmo acontece com a Hermenêutica, lembra-nos Gadamer. Enquanto arte do entendimento entre os homens, ela começou, de fato, por ser uma prática da compreensão e interpretação de determinados textos, o bíblico, o jurídico e o clássico. E o seu principal objetivo era a aplicação do sentido do texto às situações concretas,

que procuravam entender-se à luz deles. Mas também nesta aplicação não se tratava de compreender primeiro e aplicar depois: com efeito, aqui a própria aplicação não era propriamente uma aplicação, dado que a compreensão era já a realização do sentido do texto. De outro modo, sem esta realização, não havia compreensão (GADAMER, 1983).

É justamente no conceito aristotélico de *phrónesis*, a sabedoria prática mediadora entre o *ethos* e as situações, que Gadamer, e já Heidegger, fundam a nova racionalidade hermenêutica, que tem como objetivo a recriação do sentido do texto. A *phrónesis* ou prudência, a sabedoria prática era para Aristóteles, *sophia*, o eixo crucial da ética e era para os gregos um aspecto fundamental da Filosofia (VOLPI, 2012).

O RESGATE DA *PHRÓNESIS* ARISTOTÉLICA PELA FILOSOFIA HERMENÊUTICA

Em Aristóteles, a *phrónesis* teve como papel a capacidade de aplicar, ou recriar, de forma justa, a regra em cada caso. E para assinalar a sua peculiaridade e importância refere-se a três profissões especialmente necessitadas dela: a do político a do juiz e a do médico (GADAMER, 2011).

Segunda Gadamer, “O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso especial, mas está capacitado para devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas e reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico, na qual o jurista e teólogo se encontram com o filólogo” (GADAMER, 2011).

Vejamos: o bom médico não é aquele que conhece a teoria sobre a doença do doente, mas aquele que o cura. Para isso, precisa muitas vezes de se distanciar dos manuais e técnicas para interpretar as circunstâncias concretas do doente. Também o juiz e ainda o político precisam partir, como o médico, de um saber e de uma her-

menêutica da experiência prática para poder tomar enfim decisões (GADAMER, 2011).

A *praxis* pressupõe uma racionalidade própria: tal como a *techné*, parte de uma forma de saber que orienta o agir, mas trata-se num e noutro caso de saberes muito diferente. O saber da *techné* é instrumental, uma forma de saber tirar proveito da natureza, é um saber que primeiro se aprende e depois se aplica automaticamente. É um saber para poder. Ora quanto ao saber prático, o seu elemento fundamental é, em Aristóteles, o desejo e a organização deste numa atitude firme, a formação da virtude ou, por outras palavras, o desejo natural acordado, confirmado e corrigido pela educação e pelo hábito, que dele fazem uma disposição estável (GADAMER, 1983).

Mas atenção, não basta dizer que a virtude deve ter sido exercida e formada pela educação. É preciso elucidar: é necessária uma boa educação. Esta é a forma de saber que conduz a *praxis* ética, cuja tarefa é mediar uma situação concreta pelas exigências éticas mais gerais. Aqui, tal como na hermenêutica, não estamos diante de uma coisa que se trata de constatar, manipular e conhecer, mas estamos completamente investidos pelo significado do ethos e pelo que deve ser que deve ser feito, *hic et nunc* (GADAMER, 1983).

Estas duas formas de saber não são puramente teóricas, dizem respeito, como já o dissemos, à experiência, embora não tenham nada em comum com o saber que dirige a experiência técnica. *Praxis* e *techné*, convenhamos, têm em comum a necessidade, precisam então as duas de uma forma de um saber que as guie. No entanto, lembra-nos Gadamer, o saber dos artesãos não é, já desde o tempo de Sócrates, o saber que faz o homem enquanto cidadão (GADAMER, 1983). *Praxis* e *techné* implicam as duas uma forma de aplicação do saber a cada situação concreta, mas a aplicação é nos dois casos totalmente diferente. O que sabe produzir algo, sabe-o para si e fá-lo sempre que se surjam as possibilidades de fazê-lo. Ao passo que aquele que deve tomar decisões morais também aprendeu algo; por

educação e procedência está determinado de tal modo que sabe em geral o que é correto (GADAMER, 1983).

A tarefa da decisão moral é, no entanto, a de acertar com o que é adequado numa situação concreta, isto é, a de ver o que nela é correto e possível de fazer, o que implica uma hermenêutica da situação. Mas o que é que isto quer dizer? Que no saber ético não se trata apenas de conhecer racionalmente uma norma ideal para em seguida a aplicar (GUTIÉRREZ ALEMÁN, 2002).

Pelo contrário, aquele que sabe deve concretizar na sua situação particular da ação a sua própria pertença à validade normativa do *ethos* dominante – uma norma aberta –, isto é ao fundo normativo no qual foi educado. Sem esta concretização da norma ela própria não tem sentido, o que implica que a concretude das situações intervém enquanto aplicação, escolha preferencial, ou diferenciação no próprio ser da norma.

Esta se realiza somente na realidade concreta de cada caso. A aplicação hermenêutica, tal como Gadamer a pensa, pressupõe a *praxis* como a criação em até do universal pré-compreendido, um universal que não é de modo nenhum de ordem técnica ou lógica.

É, pelo contrário, simbólico, um esquema de ação que possui margens difusas, tal como acontece com o texto ou com a lei. Está referido à exigência da sua aplicação hermenêutica à situação concreta da *praxis* dialógica. Pensar a *praxis* exige, pois, que se reconheça, em primeiro lugar, a simbólica da ação, quer dizer, o conjunto dos rituais e regras que permitem a convivência e, em segundo lugar, a ordem das preferências, a *froairesis* que permite passar à decisão (GUTIÉRREZ ALEMÁN, 2002).

Neste sentido a *praxis* tem uma estrutura hermenêutica, parte de um saber prévio que, precisa ser explicitado por meio de uma escolha. Tal é a importância da reflexão gadameriana: a *praxis* de cunho ético e político tem uma estrutura hermenêutica.

O CARÁTER EXEMPLAR DA TAREFA PRÁTICA DO MEDIADOR JURÍDICO

A hermenêutica com Gadamer se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria de Gadamer adquiriram caráter indivisível (GADAMER, 2011).

Outro aspecto importante entre a antiga hermenêutica e nova é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à “distância temporal” que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa “historicidade” o que nos permite compreendê-los melhor (GADAMER, 2011).

A teoria hermenêutica de Gadamer argumenta que a razão não é absoluta (aliás, não existe nada absoluto), senão que só existe como real e histórica, pois está referida ao contexto no qual se exerce. O novo conceito do compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como polos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia centrada na historicidade (ALMEIDA, 2002).

Nesse sentido, Gadamer rejeita a pretensão de “se colocar no lugar de outro” para compreender algo, pois o existir está sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Eu só posso compreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto (ALMEIDA, 2002).

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de “fusão de horizontes”, sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como

o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim (ALMEIDA, 2002).

Dessa maneira, a compreensão que se realiza mediante o diálogo hermenêutico implica fundir o meu horizonte histórico com o do outro, ganhando um novo; isto é, não só conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão inter-relacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.

Esse diálogo hermenêutico, por outro lado, realiza-se dentro da própria consciência da “história efetual”, ou seja, dentro da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. A consciência da historicidade do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, porque toda compreensão é histórica. Aliás, irá mais longe ao afirmar que os prejuízos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser (GADAMER, 2011).

Por outro lado, o reconhecimento da historicidade de toda compreensão permitirá distinguir os “verdadeiros” dos “falsos” preconceitos, de modo que estes últimos sejam descartados para permitir um acesso objetivo ao texto, isto é, a confrontação da história efetual do texto com a própria tradição do intérprete significará tirar toda força ao falso preconceito, eliminando-o (GADAMER, 2011).

Em síntese, a pré-compreensão será a condição prévia para a compreensão de um texto, ou seja, o “pano de fundo” que permitirá compreender. Nesse sentido, cada vez que um texto seja compreendido, a pré-compreensão se modificará. Cada nova leitura de um texto será diferente, não necessariamente melhor, senão simplesmente diferente devido não só a que a pré-compreensão se modifica a cada leitura, senão que a própria história efetual do texto é, por sua vez, modificada (GADAMER, 2011).

Mas essa nova teoria hermenêutica não propõe como suficiente o saber prévio do sentido original do texto para a sua aplicação

posterior. Isso seria igual a esquecer a tensão existente entre o sentido original e o atual. Não existe uma compreensão originária e logo uma aplicação. O intérprete incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o “sentido originário” (GADAMER, 2011).

Um texto não existe autonomamente, independente de uma interpretação, senão que precisa do intérprete para ter “vida”. O círculo hermenêutico implica um processo circular entre a tradição do intérprete e a do texto; não é possível falar de uma reconstrução do passado como passado, porque significaria entender a compreensão como era entendida no século XIX, significaria não reconhecer a sua natureza dialógica refletida na participação essencial do intérprete (GADAMER, 2011).

Por outro lado, pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto), nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo, “uma compreensão, por mais controlada que seja não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete”(FERRARIS, 2000).

Aliás, o texto é irrepetível até mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes.

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que se dirige ao passado em que o autor se expressou. O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto, senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se do seu labor “produtivo” (FERRARIS, 2000).

A importância da teoria hermenêutica de Gadamer é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado. O problema que surge é determinar se é possível falar de uma verdadeira compreensão. Isto é, se a compreensão tem uma natureza ontológica e depende essencialmente da participação do intérprete, cuja tradição faz parte da interpretação do texto, questiona-se como é possível um dever ser da verdade da hermenêutica.

Gadamer retoma o pensamento aristotélico sobre o saber moral, definido como o saber que se refere ao próprio sujeito conhecedor e o relaciona à sua atividade humana, para aplicá-lo às ciências do espírito cujo objeto não é saber algo alheio, acontecem na vida social e que requerem a sua regulamentação pelo Direito são muitas e diferentes; assim, cada nova situação irá requerer uma nova aplicação da norma, pois a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata (GLANERT, 2017).

No Direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que só nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes (GLANERT, 2017).

A autonomia interpretativa só existiria se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada da sua historicidade. Gadamer resgata a importância da compreensão histórica, mas adverte que é apenas um meio. A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador, atitude que seria igual a tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas (POSCHER, 2017).

A historicidade da norma, igual a em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, a condição que permite sua compreensão. No Direito, essa condição se manifesta

por meio do vínculo que existe entre a pessoa obrigada e a norma, vínculo que afeta a todos por igual, e não faz da lei uma propriedade pessoal do legislador (POSCHER, 2017).

A real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o Direito” (seu sentido) na aplicação “produtiva” da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para “escutar” a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma pergunta daquele (POSCHER, 2017).

Esse movimento circular faz com que a norma “fale” mais, enquanto mais clara seja a pergunta, e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pré-compreensão à interpretação, enquanto maior seja o significado que a norma “revele” (GADAMER, 2011).

Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido, nunca se ressaltará que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação, algo como se o direito surgisse cada vez que é aplicado ou cumprido, por outra parte, também não poderá esquecer-se da história efetual da norma, isto é, da sua tradição (GRONDIN, 2017).

Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo. O tema da interpretação legal tem um papel central em qualquer discurso jurídico contemporâneo. No discurso jurídico-prático, relaciona-se com a determinação do significado

dos textos legais, além de influenciar na qualificação dos fatos aos quais serão aplicadas as regras legais. No discurso teórico-jurídico, no plano da dogmática jurídica, chamada “interpretação doutrinária” é reconhecida como recurso para sistematizar o direito em vigor e para construir conceitos jurídicos. As regras se interpretam também na atividade legislativa quando o legislador determina o significado onde um texto legal existente e quando considera as possíveis interpretações que, em situações futuras, podem surgir para as regras que pretende promulgar (WRÓBLEWSKI, 2001).

Como podemos observar, o problema da interpretação permeia todos os âmbitos da atividade do jurista. Gadamer, ao desenvolver os traços fundamentais da hermenêutica filosófica, especialmente na construção dos argumentos para a universalização do fenômeno hermenêutico, recorre à atividade do jurista prático, aquele comprometido com a decisão, para elucidar elementos muitas vezes obscurecidos ou negligenciados no processo de compreensão. Gadamer argumenta:

Podemos destacar que o que há de verdadeiramente comum a todas as formas hermenêuticas e que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação. Mas de certo modo, essa ação interpretadora se tem totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto (GADAMER, 2003, p. 436).

Gadamer, ao valorizar a atividade do jurista prático como exemplo da atividade compreensiva, procura elucidar a tarefa prática da mediação jurídica.

Na prática judicial, por exemplo, o hermenêuta faz a mediação entre o outrora e o hoje, entre o tu e o eu. (GRONDIN, 2017)

O ambiente em que sua obra foi recebida por teóricos do direito na Alemanha produziu um tipo de leitura que jamais poderia ter sido imaginada por Gadamer. Talvez a incompatibilidade seja, aqui, insuperável. Contudo, isso não quer dizer que não existam outros possíveis caminhos para uma aproximação entre hermenêutica filosófica e o direito. Insistiremos que o tipo de problematização estabelecida no debate entre juristas a partir da década de 1950 negligenciou uma importante dimensão do trabalho de Gadamer: surpreendentemente referimo-nos as reflexões gadamerianas sobre o direito. Importa, portanto, indagar: o que foi mesmo que Gadamer escreveu sobre o direito? O que aconteceria se tentássemos levar adiante as reflexões do próprio Gadamer (talvez negligenciadas pelos juristas-teóricos alemães que o recepcionaram) sobre o caráter exemplar da hermenêutica jurídica e sua relação com a *phrónesis* aristotélica?

Lembraremos, então, que para Gadamer a hermenêutica jurídica é exemplar, pois aponta para algo universal, já que “o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão”. (GADAMER, 2011) Em seu saber fazer, o jurista-prático (não o teórico), já desde sempre reconhece a unidade entre interpretação, compreensão e aplicação. Realiza assim, na maioria das vezes sem se dar conta disso, uma mediação entre um ímpeto de racionalidade e a sensibilidade para a situação concreta em que um caminho ético deve ser recriado. Em suas reflexões sobre o direito, Gadamer nos mostra a fecundidade em algo que o jurista prático faz e que, como insistiremos, a tradição dos juristas-teóricos perdeu de vista.

No final das contas, esse movimento de valorização do saber prático dos juristas impõe uma revisão da distinção entre teoria e prática, assim como um aprofundamento da discussão acerca de historicidade do fenômeno jurídico.

Não há arbitrariedade frente ao texto. O espaço de liberdade do intérprete é limitado pelo texto. O texto exige um fazer próprio e que em face dele não se está em liberdade para nos mantermos

numa distância histórica. Nesse sentido, a exigência hermenêutica é compreender o que diz um texto a partir da situação concreta na qual foi produzido. (GRONDIN, 2017)

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Custódio Luís. **Hermenêutica e dialética**: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 662.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRARIS, Maurizio. **Historia de La hermenêutica**. Madrid: Ediciones Akal, 2000.
- GADAMER, Hans Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Ed. Vozes, 2003.
- GLANERT, Simone. **The interpretation of foreign law**: how germane is Gadamer? In: *Law's Hermeneutics: Other Investigations*, Routledge : Oxford, 2017.
- GRONDIN, Jean. Gadamer's Interest for Legal Hermeneutics. In: **Law's Hermeneutics**: Other Investigations, Routledge Oxford, 2017.
- GUTIÉRREZ ALEMÁN, Carlos Bernardo. *Ética y hermenéutica*. In: **Temas de Filosofía hermenêutica**: conferencias e ensayos. Colección Sapere aude . Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002. Disponível em: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1549/5/04CAPI03.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- POSCHER, Ralf. The hermeneutic character of legal construction. In: **Law's Hermeneutics**: Other Investigations, Routledge : Oxford, 2017.

VOLPI, Franco. **Heidegger y Aristóteles**. Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 2001.

A DECISÃO JUDICIAL EM UM REGIME DEMOCRÁTICO: A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 489 DO CPC/15

*Anderson Barbosa Paz
Gabriel Felix Menelau*

INTRODUÇÃO

A ampliação do papel do discurso judicial em um regime democrático é tema dos mais diversos entendimentos. A decisão judicial se apresenta com uma racionalidade própria que legitima suas decisões. Tal racionalidade é, por vezes, objeto de consideração sobre seus limites, a saber, postula-se que em uma democracia, as decisões judiciais devem ter uma fundamentação que, diante de seu *auditório*, possa se justificar.

Esse debate tem sua importância em um Estado Democrático de Direito que dispõe de Poderes, *independentes e harmônicos entre si*, em uma sociedade complexa. T tamanha complexificação social nos últimos séculos fez com que o discurso judicial abandonasse uma perspectiva formalista de interpretação da lei e caminhasse rumo a uma hermenêutica ativa em que se criam normas no ato de decidir, justificando-se as soluções das lides concretas por meio da exposição de motivos da decisão. Tal justificação, porém, não implica na redução das decisões judiciais a um formalismo estrito. Pelo contrário, a motivação

das decisões, dentro de parâmetros legais, deve apontar para a legitimação do discurso judicial perante seus atores que possibilita o controle jurisdicional em uma democracia.

Posta essa transição – do formalismo à criação de normas pelo Poder Judiciário – estabeleceram-se pelo §1º do art. 489 do CPC/15, com o fim de limitar a discricionariedade do juiz e melhor fundamentar o discurso judicial, seis elementos para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada. O problema que se interpõe é a consideração da constitucionalidade de tal dispositivo face ao princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, CF) e ao princípio da persuasão racional (art. 371, CPC) que fundamentam o livre convencimento motivado do juiz. Tal problemática é analisada sob uma perspectiva crítica de uma leitura formalista do discurso judicial e de uma tentativa de racionalização da decisão judicial que submeta o Poder Judiciário ao Legislativo.

Assim, o presente artigo objetiva discutir a constitucionalidade do §1º do art. 489 do CPC/15, a partir do pressuposto que este visa a mitigar a discricionariedade das decisões judiciais e estruturar fundamentação, sem que isso signifique um retorno a um formalismo positivista de mentalidade silogística ou uma submissão da racionalidade das decisões judiciais ao Poder Legislativo.

UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO DISCURSO JUDICIAL

Desde a Segunda Grande Guerra mundial, o Poder Judiciário, em vários países ocidentais, tem assumido uma postura ativa na interpretação do direito em abstrato devido ao aumento da complexidade das sociedades. Essa atuação, ao aumentar a margem de possibilidade decisória dos juízes, tem propiciado o alargamento de interpretações e fundamentações discricionárias. Tal fenômeno

ganhou denominações como *judicialização da política e ativismo judicial*.

No Brasil, o jurista Rodriguez (2013, p. 62) aponta que muitas decisões dos juízes têm por base argumentos de autoridade e opiniões individuais. Ele chama esse cenário de *justiça opinativa*. Na prática, o Judiciário pátrio mal fundamenta suas decisões, de modo que quando há ausência de fundamentação, a decisão pode tender a se tornar *um instrumento de dominação*, isto é, decisões arbitrárias que não podem ser reconstruídas racionalmente. Essa ausência de maior racionalização das decisões é, por vezes, preenchida por *argumentos de autoridade* que buscam basear a *opinião pessoal*, a fim de impressionar os juristas e a comunidade por meio de uma persuasão estritamente erudita. Logo a *ratio decidendi* não é clara, impossibilitando que as partes e a esfera pública possam controlar a decisão à luz de normas positivas e dos precedentes judiciais.

Perante esse cenário, busca-se uma maior racionalização das decisões judiciais. O jurista brasileiro Rodriguez (2013) entende que podem-se estabelecer regras que presidam a construção da justificação do texto decisório ao se dispor de um padrão de julgamento com ônus argumentativo para prever parâmetros para as decisões. É nesse sentido que o §1º do art. 489 do CPC/15 estabelece:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O legislador pátrio buscou, pelo dispositivo referido, garantir que houvesse uma maior racionalização do discurso judicial ao elencar elementos mínimos para que uma decisão judicial seja considerada como fundamentada. A justificativa para esse regramento é o de se estabelecer ônus argumentativo para fundamentar a decisão, estabelecendo-se parâmetros que evitem a

arbitrariedade ou inviabilizem o controle da razão de decidir do juiz.

De acordo com Neves (2016), a norma em tela não esvazia da decisão judicial sua característica de haver interpretação por parte do magistrado. Nesse sentido, o juiz não estaria tão condicionado em sua fundamentação pelas novas regras a ponto de ter sufocado seu entendimento pessoal diante do caso concreto. Na visão do referido autor (2016), a disposição legal pode impedir a motivação *per relationem*, em que se faz uso de técnica de fundamentação com base apenas em referência à decisão ou parecer anterior, o que impossibilita o exercício do discurso judicial pelos atores interessados.

Pois bem. O §1º do art. 489 do CPC/15 parece se adequar a um Estado Democrático de Direito ao se considerar sua finalidade de racionalizar as decisões judiciais e mitigar a discricionariedade dos juízes, entretanto tal disposição não pode significar um retorno

a uma noção formalista do Direito. Nesse sentido, far-se-á um breve percurso histórico a partir da concepção formalista a uma noção principiológica do Direito em que o Poder Judiciário pode criar normas no ato de interpretar, fundamentando-as com seus respectivos motivos. Defender-se-á que a racionalização das decisões judiciais não pode implicar um retorno hermenêutico ao formalismo jurídico nem submeter as decisões judiciais ao Poder Legislativo, visto que o discurso judicial tem sua singularidade proveniente de uma racionalidade própria que garante a independência dos referidos Poderes.

UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA DA DECISÃO JUDICIAL

Na era moderna, o modelo dogmático, explica Vigo (2010), dominou o cenário jurídico do século XIX até a primeira metade do século XX, graças à influência das escolas exegética, histórica, de *Ihering* e de *Kelsen*. Conforme o mesmo autor (2010, p. 37), no século XIX, a noção de Direito “era estritamente positivista, normativista-legalista e juridicista”. O Direito era apenas a lei criada pelo Legislativo. Dos juristas se exigia uma atitude dogmática perante o Direito legislado.

Por sofrer forte influência do cientificismo da época, o Direito deveria se orientar para estabelecer o caminho que alcançasse o objetivo da ciência jurídica, a dizer, reconstruir o pensamento intrínseco da lei. Nesse contexto, era papel do Legislativo criar e interpretar a lei. Esta última atividade deveria ser silogística-dedutiva, em que a premissa maior era a lei, a menor, o fato, e a conclusão, o conjunto de resultados dispostos nas normas. Vigo (2010) explica que, por consequência, o juiz não poderia formular preferências ou restringir a interpretação, pois deveria apenas fazer a subsunção da norma ao caso concreto.

O que se buscava com isso era proporcionar ao sistema jurídico uma unidade sistemática. Pressupunha-se que a razão do legislador e

do cientista jurídico tinham níveis de perfeição, previsão e de clareza que as blindavam de insuspeitas de vacuidade e de incoerências, pois unidade, completude e incoerência eram premissas fundamentais.

Um dos pressupostos centrais desse modelo era, como postula Rodriguez (2013, p. 123), que “o juiz subsume porque a discussão política, supostamente, já se resolveu no Parlamento”. Desse modo, as regras do Estado deveriam advir do Parlamento como único autêntico representante do povo. A subsunção seria o meio garantidor de que a vontade do povo, expressa em leis, não seria desrespeitada.

Em suma, o modelo dogmático pressupunha, como enumera Rodriguez (2013), que o Poder Judiciário era o único competente para aplicar leis produzidas no Legislativo, a partir de uma interpretação silogística que garantisse a segurança jurídica na aplicação das leis, sem criação de normas.

Porém, essa montagem sofria de algumas limitações linguísticas. Segundo Vigo (2010), toda essa noção tinha por núcleo central o entendimento de que a linguagem tinha um único, claro e preciso significado, do qual emanava o domínio linguístico do legislador e dos juristas que resguardariam a linguagem jurídica de imperfeições sintáticas, pragmáticas e semânticas. Com isso, toda interpretação já era prefixada por meio de um caminho a ser rigorosamente seguido. Explica Vigo (2010) que, nesse modelo, a interpretação ficava diferenciada da criação jurídica e o juiz procurava ser fiel ao legislador, identificando seu pensamento para reconstruir sistematicamente o direito.

Com a complexificação das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, as demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer. Segundo Vigo (2010, p. 36), “é a ruptura ou a insuficiência desse modelo positivista dogmático que inspira uma configuração de propostas que superem, ou melhor, se harmonizem com a realidade jurídica atual”.

Atienza (2016) critica o modelo dedutivo por, dentre outros motivos, ter apenas critérios formais, mas não se ocupar das questões

de conteúdo que qualificam os discursos e as decisões, e também por não permitir a reconstrução da argumentação jurídica que deu base à decisão, já que as premissas também precisariam ser justificadas.

Nesse sentido, Rodriguez (2013, p. 130) diz que “a crise do formalismo é um episódio da crise da democracia parlamentar; da incapacidade do sistema político tradicional de dar conta da complexidade social”. Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reivindicar que o jurista tivesse um modo de raciocinar que se vinculasse a uma visão não reducionista da razão. “A tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman ou a dialética de Villey se inscreveram claramente nessa corrente que (...) chamou-se de ‘reabilitação da filosofia prática’” (VIGO, 2010, p. 48).

Coadunando com a percepção desses limites, comenta Rodriguez (2013) que Kelsen argumentava que havia vários resultados possíveis para um mesmo problema jurídico, sendo dever do juiz escolher entre estas possibilidades. Nessa linha, a própria dogmática no século XX sofreu mudanças, elucida Rodriguez (2013), como uma maior ênfase em problemas jurídicos em concreto, e não em uma perfeição formal do ordenamento, além de ter valorizado o ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios.

Como explica Vigo (2010), o jurista deixa de ser um espectador que se dirige ao passado ou para algo concluído, e converte-se num protagonista a introduzir uma conduta ou uma norma jurídica inédita. Essa mudança decorre do entendimento de que há vários resultados interpretativos, segundo as possibilidades do próprio texto da norma. Além disso, em determinados casos, a mera subsunção da norma implicaria em grave injustiça no caso concreto.

Para Adeodato (2002), a montagem clássica, dogmático-legalista, baseia-se nos postulados de obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet* por parte do juiz, obrigatoriedade de interpretar, e necessidade de fundamentar ou legitimar sua decisão. O referido autor (2002) chama essa crença de *mentalidade silogística* pela qual

o juiz decide sempre conforme um texto de norma fixado de acordo com regras do próprio sistema. Ele aponta que essa noção é derivada de uma mentalidade iluminista, centrada, por vezes, na tecnicidade da dogmática que, em tese, asseguraria a previsibilidade e segurança jurídicas. Fundamenta-se na crença do intelecto humano que, por meio de decisões a partir de uma norma positiva, encontraria a decisão justa e correta a todos os casos concretos.

Porém, como Adeodato (2002) critica, as normas gerais não são suficientes para produzir todas as decisões ou, até mesmo, fixar parâmetros dentre os quais ela se dá. Na verdade, como aponta Adeodato (2002), nem todas as normas utilizadas são, de fato, explícitas, sendo muitas delas implícitas, pressupostas e indeterminadas. O juiz usa a norma como um ponto de partida (*topoi*) retórico para justificar sua decisão, sendo que o aspecto *entimemático* (implícito) discursivo constitui-se a decisão central a ser legitimada perante os atores sociais.

O que ocorre na prática é que no processo de julgamento, o juiz “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las” (ADEODATO, 2002, p. 278). Ou seja, a descrição dos fatos já se constitui em uma interpretação dos fatos, isto é, interpretam-se os fatos, enquadra-se na norma e decide-se, fundamentando com a linguagem jurídica.

Essa percepção leva a conceber que o Poder Judiciário tem um papel preponderante e fundamental na produção de normas jurídicas por meio de suas decisões. Com isso, é preciso que se legitime a decisão por meio de uma argumentação que convença os atores sociais do seu respeito à imparcialidade do julgamento e ao princípio da democracia, a fim de não se reduzir a decisão à mera arbitrariedade do julgador. SegundoVigo(2010),aargumentaçãoé necessária para explicar o caminho lógico que o juiz fez para chegar à decisão que adotou, e para justificá-la substancialmente. As funções de uma boa fundamentação por parte de todos os atores envolvidos na comunidade jurídica, pondera Vigo (2010), são as de: legitimar, possibilitar o controle

por parte das instâncias revisoras, informar, persuadir em relação aos destinatários, e de pedagogia ao fazer conhecer o Direito.

Contemporaneamente, segundo Santoro (2005), entender que o juiz é neutro e apolítico, em sociedades complexas, é tecnicamente impossível. Na verdade, tais sociedades pedem um Judiciário autônomo da política partidária e ativo na resolução de problemas que tanto outros órgãos públicos quanto outras instituições não percebem ou não podem enfrentar.

Para resumir, conforme o jurista norte-americano Ely (2010), o tema da argumentação jurídica apresenta, pela perspectiva formalista, que o juiz deve se ater firmemente ao texto daqueles que escreveram a Constituição e considerar ilegais o que os legisladores originários consideravam ilegais, por outro lado, a noção de que para que os tribunais apliquem o que for legislado devem ter autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo. O primeiro pensamento tem sido considerado como limitado para sociedades complexas que demandam mais do que a subsunção da norma ao caso concreto, devendo haver uma interpretação axiológica sobre a norma positivada. Pelo segundo entendimento, tem-se evoluído no sentido de o discurso judicial, por ter uma racionalidade própria, ter força de norma, criando direito.

Na linha do que postula o jurista Just (2014), a tese de que a ideia de argumentações judiciais têm uma validade geral está enfraquecida, sendo o papel do direito acolher valores em tensão e, por meio de uma racionalidade própria, prestar-se a solucionar conflitos em um regime democrático. Ou seja, a decisão judicial deve valorar no ato de interpretar-aplicar a norma ao caso concreto, legitimando-se a cada momento ao garantir a efetivação de normas em abstrato por meio de uma fundamentação jurídica razoável perante os atores envolvidos.

Portanto, feito esse percurso histórico, sustenta-se que a decisão judicial tem uma racionalidade própria que justifica a independência do Poder Judiciário do Legislativo. O juiz, na interpretação a norma, por

meio de uma linguagem legal, tem margem discricionária para decidir em uma sociedade complexa. Desse modo, tendo superado uma noção formalista e tecnicista do direito, o §1º do art. 489 do *CPC/15* deve ser lido como tendo a finalidade de garantir que as decisões judiciais sejam adequadamente motivadas como meio de viabilizar seu controle em um Estado Democrático, evitando-se uma justiça opinativa e que decide com base em argumentos de autoridade.

A NECESSIDADE DE JUSTIFICAR AS DECISÕES JUDICIAIS

Com o fim de se alcançar uma legitimação democrática das decisões judiciais, tem-se considerado, amplamente, a necessidade de uma boa fundamentação que se justifique perante os atores envolvidos no caso concreto. Há importantes perspectivas a se considerar sobre o porquê que essa legitimação se deve dar.

Por uma noção de que a racionalidade jurídica se justifica pela lógica democrática, o jurista Haberle (2003) defende que a interpretação constitucional deve ser feita por e para uma sociedade aberta de intérpretes, a saber, desde órgãos estatais a cidadãos comuns, de modo que os critérios de interpretação sejam tão abertos e pluralistas quanto for a sociedade. Com isso, a teoria da interpretação deve ser percebida à luz da teoria democrática. A prática legitima a teoria. Os princípios preservam seu significado e passam a exercer a função de disciplinar as formas de influência dos diferentes participantes da interpretação. Em caso de divisão da opinião pública, o Tribunal deve zelar por integrar os princípios à realidade e controlar a participação dos intérpretes. A interpretação constitucional poderá tornar-se mais elástica e ampliativa sem que se chegue a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.

Em um sentido realista, em que as decisões judiciais encontram sua justificação pela argumentação do juiz que já tendo decidido o caso utiliza-se da linguagem jurídica para legitimar democraticamente sua decisão, o jurista escandinavo Alf Ross (2007, p. 59) entende que o ordenamento jurídico nacional é o “conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. São nas decisões dos tribunais que se encontram a efetividade que constitui a vigência do direito. Assim, só por meio de uma certa interpretação ideológica que se compreende a decisão do juiz, pois “uma vez estabelecida a conclusão, o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão” (ROSS, 2007, p. 69).

A partir de uma perspectiva de que a linguagem jurídica, aplicada a um contexto, justifica uma decisão correta de um juiz a fim de garantir sua legitimidade democrática, Dworkin (2014), influente jurista norte americano, defende a tese de que os juízes devem evocar os princípios na aplicação da lei com força normativa para decidirem os casos concretos em busca de uma *resposta correta*. O direito é descoberto na mente do juiz para o caso concreto. O direito é justificado por sua possibilidade de integrar a norma aos fatos sociais através dos princípios. A interpretação passa a significar o que a norma quer dizer.

Mais recentemente, explica Atienza (2016), o jurista MacCormick defendeu que a argumentação jurídica visa à justificação para persuadir de que a decisão está de acordo com o Direito, de modo que se tomam princípios para justificação com base na *razão e afetividade*, ou seja, as premissas normativas últimas não são produto do raciocínio lógico apenas, são razões de natureza afetiva que tem uma dimensão subjetiva. Há escolhas últimas (p. ex. critérios de justiça) em casos difíceis que estão situadas em nível pré-racional ou extrarracional, de modo que os princípios como normas gerais fundamentam racionalmente as regras. No pensamento de Alexy, explica Atienza (2016), o discurso judicial é um caso especial do discurso moral, estendendo-se a teoria

discursiva habermasiana ao Direito. Para ele, a verdade dos enunciados normativos depende da possibilidade de se alcançar um consenso.

Assim, das mais diversas perspectivas e escolas da teoria da argumentação jurídica, considera-se que as decisões judiciais se justificam, dentro de um regime democrático, quando seu discurso dispõe de argumentos que buscam convencer os atores sociais, baseando-se no direito positivado e nos precedentes judiciais aceitos como autoridade. Desse modo, o §1º do art. 489 do CPC/15 vem para estabelecer parâmetros mínimos e razoáveis para as decisões judiciais, postulando-se que haja explicação do nexo entre a fundamentação jurídica e a decisão, que se especifique o uso de conceito jurídico indeterminado no caso em tela, que os motivos sejam aplicáveis à questão discutida, que se enfrente todos os argumentos do processo, e que se justifique o porquê de decisão diferente dos precedentes já firmados no direito. São constitucionais tais limites legislativos quando da decisão judicial? Tais parâmetros da decisão levam, necessariamente, a um formalismo legalista e submetem o Poder Judiciário ao Legislativo?

A CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15

A constitucionalidade do dispositivo §1º do art. 489 do CPC/15 deve ser balizada pelo princípio constitucional da motivação das decisões, previsto no art. 93, IX, CF, que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Com isso, o dispositivo em análise tem a finalidade de, não inviabilizar a fundamentação da decisão judicial, mas, sim, dar-lhe efetividade na forma de fundamentar e tornar público a razão de decidir ao se estabelecer parâmetros mínimos a serem observados.

Nessa esteira, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais sob parâmetros mínimos possibilita o controle do discurso e motivação da decisão, como também, a efetivação de outros princípios, a saber, o da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF), o do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e o do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Além disso, pode-se apontar que o princípio da persuasão racional encontrado em norma infraconstitucional, art. 371, CPC, prevê que o juiz “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” está em harmonia com o §1º do art. 489 do CPC/15 ao se perceber que a obrigação de se expor as razões de decidir dentro de parâmetros legais visam, de modo uníssono, a justificar e racionalizar as decisões. Assim, tanto princípios constitucionais e infraconstitucionais justificam a constitucionalidade e harmonia do §1º do art. 489 do CPC/15, havendo este a finalidade de efetivar o direito fundamental dos atores sociais a uma jurisdição transparente, que pode ser controlada em seu discurso e que se justifica em sua atuação por meio de uma racionalidade própria.

Portanto, o §1º do art. 489 do CPC/15 está de acordo com a Constituição Federal e normas infraconstitucionais no sentido de definir limites e aspectos mínimos para contingenciar a discricionariedade e racionalizar as decisões judiciais. No entanto, esse dispositivo não pode submeter a decisão judicial a um formalismo legalista na tentativa de preservar a tripartição de poderes, sob pena de submeter o Poder Judiciário ao Legislativo, usurpando sua competência jurisdicional no que toca a qualificação da norma e aplicação do direito. Por isso, tanto o parágrafo discutido estabelece limites à decisão judicial quanto tem o limite de não engessar e respeitar a racionalidade própria do discurso judicial.

A REPERCUSSÃO DO ART. 489, §1º DO CPC/15

De modo geral, a doutrina majoritária brasileira considerou um avanço trazido pelo novo CPC, dentre outros, o artigo 489, §1º, ao buscar instrumentalizar uma maior racionalização na jurisdição. Neste sentido, Lucas (2017) afirma:

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) consolidou o retorno do direito processual à teoria do direito, quando abandonou a visão tecnicista do processo como alheio às mudanças culturais e filosóficas que afetaram a ciência, convidando a comunidade jurídica a refletir sobre a junção das duas grandes montanhas da tradição filosófica contemporânea, a hermenêutica e a analítica, por meio do debate sobre a interpretação/aplicação do direito (cf. nesse sentido os arts. 489, §§1º e 2º e 926) e o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 489, §1º, incs. V e VI, 926, 927).

Desde a entrada em vigor do Novo CPC algumas discussões em relação ao referido dispositivo já vêm sendo suscitadas. Uma destas, que merece destaque, diz respeito aos efeitos da inobservância em decisão judicial das exigências trazidas pelo comando legal. O referido dispositivo aparentemente aponta para uma nulidade da decisão proferida em caso de sua inobservância, sendo interpretado conjugado com o art. 93, IX da Constituição, que assim dispõe:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de *nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Não obstante, sustenta Dellore (2017), não é esse o entendimento que vem sendo reconhecido pela jurisprudência. Isso se dá, pois segundo esse entendimento jurisprudencial, o próprio Código, em seu sistema, acaba por afastar o reconhecimento da nulidade decorrente da ausência de fundamentação. Tal constatação se dá ao observar-se que ao ser proferida sentença omissa, o próprio CPC estabelece que será o caso de embargos de declaração, conforme o art. 1022 e caso tal omissão não seja reconhecida pelo juízo e persista, o Código estabelece que será o caso de preliminar de apelação e neste caso, reconhecendo o tribunal a omissão, pode ele, com base na teoria da causa madura, afastar a nulidade e decidir desde logo o mérito, como preceitua o art. 1.013, § 3º, IV.

Dáí então surge mais uma divergência doutrinária. Segundo Dellore (2017), a doutrina se divide quanto à natureza do fenômeno da nulidade da decisão do ponto de vista processual. Para alguns a nulidade é reconhecida, porém convalidada, para outros ela é simplesmente afastada do sistema e, por fim, alguns juristas, como Oliveira (2015) apud Dellore (2017) defendem a inconstitucionalidade de tal previsão no Novo CPC, visto haver violação ao art. 93, IX da Constituição.

Por fim, outro ponto bastante discutido na doutrina, diz respeito ao art. 489, §1º, IV que considera não fundamentada a decisão que: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Como defende Araújo (2018) tal dispositivo tem sido pouco aplicado e isto pode ser prejudicial ao contraditório e ampla defesa, que devem ser garantidos no processo e pode contribuir com maior voluntarismo e menor racionalidade nas decisões judiciais. A decisão do Superior Tribunal de Justiça a seguir ilustra a problemática:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO.

INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL.

AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art.

1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Neste sentido, Dellore (2017) e Araújo (2018) criticam tal entendimento jurisprudencial, no sentido de que, seguindo o dispositivo trazido pelo Novo CPC o órgão julgador deve abarcar todos os argumentos trazidos, ao menos para argumentar por quais motivos esta ou aquela arguição tem maior ou menor relevância, possibilitando a posterior impugnação pelas partes insatisfeitas, sendo, portanto, inaceitável, em oposição ao julgado do STJ, que o magistrado “já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”, sem dar oportunidade às partes de argumentarem e efetivamente terem garantida a ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contemporaneidade, notadamente pós- Segunda Grande Guerra, é marcada por disputas e questões complexas que acabam demandando uma decisão judicial. Esse cenário tem propiciado uma atuação e interpretação criativa dos juízes ao aplicar a norma abstrata ao caso concreto. Dentro de uma democracia em que se tem a tripartição dos Poderes, os juízes não podem decidir com base em sua opinião pessoal e por meio de argumentos de autoridade. Os argumentos que fundamentam uma razão de decidir judicial são fundamentais em um cenário de controle democrático.

Nesse sentido, as decisões judiciais devem ser melhor racionalizadas por meio de parâmetros que mitiguem a discricionariedade ao mesmo tempo que garantam a liberdade no convencimento motivado do magistrado. O §1º *do art. 489 do CPC/15*, ao estabelecer elementos básicos para se considerar uma decisão judicial como devidamente fundamentada, deve ser lido no sentido de melhor racionalizar o discurso judicial sem torná-lo um discurso formalista legal que extrai a racionalidade própria da decisão judicial.

Nesse sentido, conclui-se que o dispositivo em questão pode ser visto como constitucional já que não tolhe a função jurisdicional do Poder Judiciário, mas estabelece critérios razoáveis para fundamentar uma decisão legítima em um regime democrático que pode ser controlada pelo auditório interessado. Ainda assim, o §1º *do art. 489 do CPC/15* não pode levar a um formalismo oitocentista que torne o juiz apenas um “boca da lei” e que submeta o Poder Judiciário ao Legislativo com vistas a preservar a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, Victor Guimarães. **Fundamentação das Decisões**: STJ e o artigo 489, §1º, IV do CPC/15. Disponível em: <https://victorguimaraesaraujo1.jusbrasil.com.br/artigos/534398145/fundamentacao-das-decisoes-stj-e-o-artigo-489-1-iv-do-cpc-1>. Acesso em: 8 fev. 2019.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

DELLORE, Luiz. **Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>. Acesso em: 7 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Editora: SAFE, 1ª edição, 2003.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n. 2, 2º quadrimestre de

2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 8 fev. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

AS CONTRADIÇÕES DA “TEORIA PURA DO DIREITO” DE HANS KELSEN

Anna Luíza de Carvalho Lisboa

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca, especificamente, analisar as contradições da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O objetivo geral deste artigo é demonstrar que a influência necessária de outros sistemas normativos sobre o Direito pode ser comprovada com o exame da obra que, justamente, procurou determinar a autonomia da Ciência Jurídica e sua pureza metodológica.

Para tanto, primeiramente, apresentamos no que consiste a “Teoria Pura do Direito”, evidenciando seu objetivo, método e objeto. Em seguida, tratamos das críticas transcendentais suscitadas por teóricos do jusnaturalismo e da sociologia jurídica, as quais são rebatidas por Kelsen. Depois disso, dissertamos, propriamente, acerca das contradições da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, caracterizadas pela crítica imanente. Por conseguinte, trataremos das disfunções de um expediente teórico elaborado por Kelsen na segunda e definitiva edição da Teoria Pura do Direito, a teoria da moldura normativa.

As conclusões são no sentido do resgate das contradições expostas no presente artigo, e da constatação da imprescindível relação entre o Direito e os valores; o Direito e a realidade social; e Direito e

o poder; que transparece até mesmo na clássica obra destinada a apresentar o Direito como uma ciência totalmente independente.

A TEORIA DE KELSEN

A Teoria Pura do Direito propugnada por Hans Kelsen em seu livro homônimo, cuja primeira publicação data de 1934, e a segunda e definitiva edição data de 1960, “é uma teoria do Direito Positivo, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.” (KELSEN, 1988, p. 1).

O objetivo da Teoria Pura do Direito, para Kelsen, é ser uma teoria da validade do Direito. Segundo Kelsen, dizer que uma norma “existe” no sentido jurídico é a mesma coisa de dizer que ela é válida, pois se a norma pertence ao ordenamento jurídico, implica dizer que esta está de acordo com os preceitos formais e que pode ser inferida das normas jurídicas superiores. Mario G. Losano, um dos mais reputados estudiosos da Teoria Kelseniana, abordou essa correlação entre existência da norma e validade da norma de forma lúcida:

Uma ordenação jurídica, para Kelsen, é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de ‘dever ser’) que desce da constituição à lei e desta à sentença” (LOSANO, 1998, p.18).

A norma que valida toda a ordenação jurídica é a norma fundamental. Essa norma não é posta, mas pressuposta, sendo o grau hierárquico de partida da ordenação jurídica. Além disso, a norma fundamental é destituída de conteúdo material, tendo a função unívoca de emanar a validade de todo o ordenamento jurídico.

A Teoria Pura do Direito é orientada pelos pressupostos filosóficos da escola neokantiana, uma vez que rejeita os juízos de valor e assume que a ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário. O elemento central da Ciência Jurídica em Kelsen, portanto, é o método, não o objeto. Hans Kelsen aplica o método ao objeto – o direito positivo. O teórico austríaco, no intuito de responder à questão do que é e como é o Direito, baseia-se na pureza metodológica. A pureza metodológica afirma a autonomia metodológica da Ciência do Direito em relação à metodologia das demais ciências, ao passo que não nega nem ignora a conexão do Direito com outros saberes. Nessa premissa metodológica, Hans Kelsen propõe delimitar o Direito livre de valorações externas ao próprio Direito. Com efeito, a Ciência do Direito foi separada, por exemplo, das Ciências Naturais (que trabalham com o “ser”, enquanto a Ciência do Direito opera com o “dever ser”) e a Ciência do Direito foi separada da política (que decide de forma valorativa, enquanto a Ciência do Direito rejeita juízos de valor).

AS CONTRADIÇÕES DA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

Conhecidos o objetivo, a metodologia e o objeto da Teoria Pura do Direito, está preparado o instrumental teórico para responder à especificidade da questão, qual seja as contradições da Teoria Pura do Direito. A Teoria Pura do Direito recebe críticas, as quais Mario G. Losano, na introdução à edição italiana de “O problema da justiça” de Hans Kelsen, divide em: críticas transcendentais (teorias jusnaturalistas e sociojurídicas) e crítica imanente.

As críticas transcendentais, tecidas por teorias sociológicas do Direito e por teorias jusnaturalistas, confrontaram a pureza metodológica defendida por Kelsen na perseguição do objetivo de formular uma teoria da validade do Direito. As críticas transcendentais

não são contradições, uma vez que são rebatidas por Kelsen, de forma bem-sucedida, com a menção de que a Teoria Pura do Direito é uma teoria formal do Direito, a qual emprega uma abordagem estritamente estrutural do Direito Positivo. Dessa forma, a importância das abordagens sociológica e valorativa não é negada, contudo essas perspectivas de análise constituem objeto de investigações alheias à Ciência Jurídica em Kelsen, isto é, que transcendem ao campo jurídico Kelseniano.

A crítica imanente, por sua vez, expõe controvérsias nos pontos inicial e final da Teoria Kelseniana no que se refere, respectivamente, à norma fundamental e à eficácia. O questionamento a esses aspectos teóricos revelou incoerências entre a construção de Kelsen e seus próprios princípios metodológicos de pureza. Por essa razão, as críticas imanentes são contradições da Teoria Pura do Direito. Kelsen, ao longo de seus trabalhos, tentou respondê-las e, para tanto, revisou sua teoria.

CRÍTICAS TRANSCENDENTES

As críticas transcendentais podem ser reduzidas às críticas proferidas por posições jusnaturalistas e sociojurídicas do Direito. As teorias sociológicas do Direito reprovam o formalismo abstrato de Kelsen – segundo o qual a existência de uma norma no ordenamento jurídico e a validade de uma norma são conceitos idênticos –, alegando que o Direito é um fenômeno social. Entretanto, Kelsen esclareceu que sua teoria é uma “teoria pura do Direito”, e não uma “teoria do Direito puro”; portanto, Kelsen não nega a conexão entre o estudo da realidade social e o Direito, apenas distingue a sociologia da teoria formal da ciência do Direito. Kelsen não exclui que, numa obra alheia, o estudo da realidade jurídica possa ser desenvolvido cientificamente.

As teorias jusnaturalistas do Direito, por sua vez, contestam o positivismo normativista de Kelsen, na medida em que o teórico austríaco aceita como Direito qualquer ordenação que apresente certas características formais. Hans Kelsen rebate essa crítica jusnaturalista ao pontuar que valor e validade do Direito são conceitos distintos. Para Kelsen, o jurista deve aplicar a norma válida, que foi promulgada conforme determinados procedimentos; quando o jurista questiona o valor de uma norma válida, atribuindo ou valoração positiva ou valoração negativa ao dispositivo normativo, deixa de ser jurista e torna-se político. Vale ressaltar que, prezando pela pureza metodológica, Kelsen não faz juízo de valor sobre essa mudança de jurista a político.

Em suma, as críticas transcendentais são refutadas por Hans Kelsen por meio da delimitação rigorosa da área de investigação da Ciência do Direito, qual seja o Direito Positivo. Por conseguinte, para o teórico austríaco, a norma é válida se ela está de acordo com preceitos formais; a definição da norma como válida prescinde da avaliação de efeitos sociais ou de valores. Contudo, Kelsen não descarta que as interseções entre Direito e realidade social e Direito e valor possam ser abordadas em obras distintas da Ciência Jurídica em Kelsen.

A CRÍTICA IMANENTE

A crítica imanente consiste no questionamento a dois elementos da Teoria de Kelsen: a norma fundamental e a eficácia.

A primeira contradição a ser explicada é a exigência da eficácia para a validade de uma norma jurídica. Hans Kelsen postula que uma norma é válida desde que ela pertença ao ordenamento jurídico e, dessa forma, seja promulgada por um procedimento formal e possa ser inferida das normas superiores. Hans Kelsen fundamenta a validade de uma norma no “dever ser”, enquanto o mundo da natureza, alheio

ao sentido jurídico das coisas, é o mundo do “ser”. Entretanto, alega-se que essa pressuposição metodológica de pureza é incoerente com a realidade jurídica que ela quer descrever. Realmente, verifica-se que para uma norma ser válida não basta a adequação aos requisitos formais, mas é preciso também que a norma seja efetivamente aplicada. O próprio Kelsen, nesse ponto, renuncia à definitiva separação entre mundo natural – do “ser” – e mundo normativo – do “dever ser” – ao afirmar que o ordenamento jurídico ou uma norma perdem sua validade quando deixam de ser eficazes de forma sistêmica.⁸

A segunda contradição é a não identificação da norma fundamental como norma em sentido kelseniano. Hans Kelsen adota a Norma Fundamental como a fonte primeira da validade de todo ordenamento jurídico e de toda a ordenação jurídica. O próprio Kelsen, porém, teve de admitir que a Norma Fundamental não é uma norma jurídica no sentido definido pela Teoria Pura do Direito. As normas kelsenianas são estatuídas pelo legislador e postas por autoridades, enquanto a Norma Fundamental é pressuposta, uma vez que se fosse posta, deveria sê-la por uma norma ainda mais elevada. Dessa forma, a Norma Fundamental é incoerente com a Teoria Pura do Direito de Kelsen, dado que é um valor a ser aceito pelo jurista de forma, obviamente, subjetiva – e, portanto, não científica para Kelsen – e dado que é um elemento teórico pertencente ao mundo da natureza do “ser” para encerrar sistematicamente o ordenamento jurídico pertencente ao mundo normativista do “dever ser”.

8 “Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 149.)

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PARA KELSEN

Com o fito de preservar a harmonia de sua teoria após exposta a contradição por meio da crítica imanente, Hans Kelsen, na segunda edição da Teoria Pura do Direito acrescenta um último capítulo ao livro, dedicado ao fenômeno da interpretação. Kelsen, a princípio, descreve a interpretação como: “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 1988, p. 245). Além disso, diante da multiplicidade de normas jurídicas, da Constituição à sentença judicial, o autor distingue duas espécies de interpretação: a interpretação do Direito pelo órgão que a aplica (interpretação autêntica) e a interpretação realizada por uma pessoa privada e, notadamente, pela Ciência Jurídica (interpretação não autêntica).

Kelsen entende que a norma jurídica é, a princípio, determinada, no seu processo de elaboração e no seu conteúdo, pela norma hierarquicamente superior. No primeiro lançamento de sua obra, essa vinculação seria absoluta. Contudo, diante do debate acadêmico e das críticas desenrolados no interstício entre as edições da Teoria Pura do Direito, Kelsen finalmente afirmou que essa vinculação não atua em todas as direções, de modo que uma norma sempre vislumbrará uma semântica plural. Por mais específica que seja a norma jurídica, haverá uma indeterminação relativa, tendo em vista a existência de uma margem de livre apreciação deixada àquele que aplica, cumpre ou executa a ordem.

Essa indeterminação, por sua vez, pode ser intencional ou não intencional. A indeterminação pode se manifestar por interesse do órgão que fixou a norma, por entender que o processo de determinação da norma geral continua em um escalão inferior. Já a indeterminação não intencional se verifica na pluralidade de sentidos semânticos que

uma expressão ou várias podem assumir; ou na divergência entre a vontade do legislador, do órgão que estabeleceu a norma, ou das partes que estipulam um negócio jurídico e o texto normativo. Essa discrepância pode ser total ou parcial, a depender se a vontade do legislador, do órgão que estabeleceu a norma, ou a intenção das partes que avençaram o negócio jurídico correspondam, ou não, a pelo menos um dos sentidos que o texto normativo pode exprimir.

Dessa forma, em função dessa indeterminação relativa da norma produzida de modo intencional ou não, Kelsen constrói a célebre teoria da moldura normativa. De acordo com esta teoria, o órgão aplicador, no ato de aplicação do Direito Positivo, não possui uma única decisão correta ou ajustada, mas várias soluções corretas, que estão inscritas em um quadro ou moldura de possibilidades aferidas da norma a aplicar. Na medida em que essas interpretações são igualmente válidas, o ato do órgão aplicador do Direito goza de discricionariedade ao escolher o Direito Positivo em questão, acionando a razão e a vontade. Hans Kelsen comenta que é inútil fundamentar juridicamente a escolha de uma norma possível em detrimento de outra norma válida, pois forjar um método que permita destacar apenas uma possibilidade da moldura como correta já seria perpetrar um juízo de valor. Assim, as técnicas existentes apenas apontam para uma solução possível, mas não há uma forma objetivamente válida que revele a solução correta. A norma individual, nesta senda, necessariamente é um ato de produção normativa que ainda será posto.

Tendo em vista que selecionar o sentido do texto normativo, fixando a norma a ser aplicada, é uma função voluntária, esta operação relaciona-se à política do Direito. Nesse contexto, a criação do Direito, tanto na forma da decisão judicial, como da elaboração do texto normativo no processo legislativo, possui um espaço de livre apreciação. A interpretação dos órgãos aplicadores do Direito, dessa forma, para Kelsen, é sempre autêntica; Por conseguinte, os

intérpretes autênticos não podem se restringir ao conhecimento do Direito Positivo, mas também precisam, para preencher a moldura normativa, de se valer de outras normas, como as relativas às noções de Moral, de Justiça, de juízos sociais, que se expressam, segundo Kelsen, nas ideias de bem comum, interesse do Estado, progresso, entre outros. Dessa forma, na produção de uma norma hierarquicamente inferior ou na execução de um ato normativo, o Direito a aplicar caracteriza-se por, em um primeiro momento, enumerar quais são as possibilidades válidas de interpretação da norma. Esta etapa caracteriza-se por um ato de conhecimento, operado por meio de uma interpretação cognoscitiva. Em um momento posterior, o aplicador do Direito escolhe uma dessas possibilidades, por meio de um ato de vontade. Com efeito, produz-se a interpretação autêntica, ao dizer o Direito no caso concreto, sobretudo, quando o ato do órgão transitou em julgado. Já a interpretação não autêntica tem como principal característica a ausência do efeito vinculante, em oposição à interpretação autêntica. A sociedade comum e os estudiosos da Ciência Jurídica produzem uma interpretação não autêntica, uma vez que seu entendimento não tem força para ser oposto a ninguém; o órgão aplicador do Direito pode considerá-lo errôneo.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO FORA DA MOLDURA NORMATIVA

A grande inovação da teoria da interpretação de Kelsen nesta segunda e definitiva edição da Teoria Pura do Direito, que provoca repercussões metodológicas, é o reconhecimento da possibilidade de o aplicador do Direito optar por uma escolha fora da moldura indicada pela Ciência do Direito. Assim, o autor austríaco concede ao juiz liberdade material semelhante em relação ao legislador na criação do Direito. Kelsen admite, então, que uma decisão inteiramente

nova em relação ao ordenamento jurídico vigente seja considerada válida e possa ser efetivada, caso transite em julgado. A própria obra manifesta:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 1998, p. 250).

A abertura do quadro normativo na teoria da interpretação de Kelsen recebeu contestações. Alguns críticos questionaram a coerência da teoria da validade kelseniana a partir da abertura da moldura, uma vez que assumir a possibilidade de uma decisão contrária ao ordenamento jurídico produzir efeito vinculante significa romper com o normativismo originalmente seguido por Kelsen. José Antonio Sanz Moreno (MORENO, 2002, p.176) entende que é difícil sustentar a autonomia do Direito e da Ciência Jurídica com a aceitação da possibilidade de uma interpretação autêntica ser resultado, sobremaneira, de um ato volitivo. Já Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (OLIVEIRA, 2012, p. 416) concebe que a Teoria do Direito, que pretende ser pura, cede à sociologia do

Direito na medida em que adota uma abordagem decisionista.

De certo, ao passo que Kelsen avalia a validade no sentido estritamente formal, isto é, examina unicamente se o órgão aplicador do Direito que proferiu a decisão está autorizado para este ato por um escalão normativo superior, o Mestre da Escola de Viena afirma o poder no ato interpretativo do Direito. Kelsen adverte que a discricionariedade do órgão aplicador do Direito alcança a possibilidade de proferir decisão lançando-se mão de norma que

contrarie um postulado do Direito Material ou Processual previsto em norma geral. Assim, a decisão fora do quadro normativo encontra fundamento, em última análise, em um ato de vontade de quem detém o poder, criando um Direito válido totalmente novo, com respaldo no instituto do trânsito em julgado.

Problemas da aplicação do Direito fora da moldura normativa

Na edição de 1934 da Teoria Pura do Direito, admitia-se apenas a decisão dentro da moldura normativa. O órgão aplicador do Direito, por meio de ato de conhecimento, definia as opções cientificamente possíveis e, em seguida, discricionariamente escolhia um sentido presente no quadro normativo. Já na segunda e definitiva edição de 1960, Kelsen abriga a hipótese de fixação, pela autoridade competente, de um sentido para a norma fora da moldura. Tendo em vista que Hans Kelsen considera a decisão judicial como fonte do Direito⁹, subordinando-se a um escalão superior (norma geral) e vinculando um escalão inferior (ato de execução), estapertenceaordenamentojurídico.O ordenamento jurídico válido, para Kelsen, tem de ter uma unidade lógica, uma coerência em sentido formal e material. A possibilidade de, pela via da interpretação autêntica, decidir por uma norma que se situe fora dos sentidos possíveis e válidos propostos pela Ciência Jurídica gera, portanto, um questionamento sobre a unidade lógica

9 “Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico- positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.146).

do ordenamento jurídico¹⁰. Nesse contexto, é explícita na Teoria Pura do Direito a pretensão do fundador da Escola de Viena de descrever um ordenamento jurídico dotado de unidade e coerência:

Assim, a norma fundamental torna possível interpretar (pensar) o material que se apresenta ao conhecimento jurídico como um todo com sentido, o que quer dizer, descrevê-lo em proposições que não são logicamente contraditórias (KELSEN, 1998, p. 145-146).

Outra inquietação que se coloca a respeito da moldura normativa é o fato de Kelsen não fornecer nenhum critério preciso para distinguir as interpretações que se situam dentro e as que se situam fora da moldura normativa. Kelsen não propõe nenhum critério objetivo para definir o que seria essa norma totalmente inovadora, fora da moldura normativa. A teoria da interpretação do autor austríaco, portanto, não estabelece limites claros à discricionariedade interpretativa do intérprete autêntico. Essa suposta incompletude na teoria da interpretação, contudo, justifica-se pelo esforço de Kelsen por não admitir que outros sistemas normativos determinem os limites da criação do Direito Positivo.

Percebe-se, nesse sentido, que Kelsen preferiu não se aprofundar sobre as implicações da teoria da moldura normativa a fim de preservar certa coerência na Teoria Pura do Direito. A interpretação autêntica do Direito Positivo encontra balizas em elementos metajurídicos. A hermenêutica, no passar dos anos, pareceu confirmar isso. Carl

10 “Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. Na exposição da construção escalonada da ordem jurídica se mostrará como isto sucede” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 157.)

Schmitt (1888-1985) estabeleceu um juiz-tipo erudito em Direito como obstáculo à livre interpretação, Herbert Hart (1907-1992) estipulou princípios e valores morais como critérios últimos de validade jurídica, Ronald Dworkin (1931-2013) estabeleceu a moral comunitária como baliza da discricionariedade do juiz.

CONCLUSÃO

Destarte, as duas principais contradições da Teoria Pura do Direito resumem-se na explicação de que Kelsen teve de recorrer às noções de valor e de realidade, que havia excluído taxativamente do âmbito da ciência jurídica em respeito à pureza metodológica, para refinar a Teoria Pura do Direito. A análise positivista da estrutura da ordenação jurídica proposta por Kelsen desejou excluir de seu exame a realidade e o valor, a justiça. Todavia, esta abordagem unicamente normativa provou-se insuficiente para fornecer uma visão global do Direito, diante da crítica imanente.

Dessa forma, Hans Kelsen, na edição de 1960 da Teoria Pura do Direito estabeleceu um mínimo de eficácia como requisito de validade e a ideia de Norma Fundamental como norma lógico-jurídica e pressuposta, uma máxima que fundamenta a validade da Constituição e, com efeito, de todo o ordenamento jurídico-positivo. Percebe-se, nesse sentido, a mitigação do princípio da pureza assumido como parâmetro metodológico com o fito de garantir a autonomia disciplinar da Ciência Jurídica.

Outrossim, destaca-se que a Teoria Pura do Direito considera jurista aquele que apenas identifica e descreve todas as interpretações possíveis da norma jurídica sem selecionar uma de preferência. No entanto, sabe-se que, inevitavelmente, na prática, alguém haverá de prescrever e escolher. Até mesmo Kelsen foi juiz da Corte Constitucional da Áustria (de 1921 a 1930), e emitiu pareceres em controvérsias

(LOSANO, 2011), como o que ofereceu à Assembleia Nacional Constituinte Brasileira em 1933 sobre a regularidade jurídica do processo de feitura dessa Constituição.

No que se refere à teoria da interpretação, inclusa na segunda e definitiva edição da Teoria Pura do Direito de 1960, esta é omissa em elaborar um método de interpretação capaz de, objetivamente, selecionar uma norma válida dentre outras normas igualmente possíveis; constata-se, nesta senda, que a escolha de uma norma válida é um ato de vontade, um ato não-científico. Além disso, a teoria da interpretação prevê a possibilidade de, por meio de interpretação autêntica, aplicar uma norma fora da moldura normativa. Ainda que uma norma fora do quadro normativo seja contrária a normas de Direito Material e de Direito Processual válidas no ordenamento jurídico vigente, esta se sustentaria pelo instituto do trânsito em julgado.

As imperfeições dessa tese residem na disfunção da unidade lógica do ordenamento jurídico, à qual visa a Teoria Pura do Direito, e a ausência de um método que permitam, exatamente, afirmar o que está em conformidade com o Direito Positivo (dentro da moldura normativa) ou que não está em conformidade com o Direito Positivo (fora da moldura normativa). Entende-se que o Mestre da Escola de Viena se exime em fornecer esse método para manter um nível de coerência de sua teoria, tendo em vista que propugnar a máxima autonomia da Ciência do Direito torna-se difícil em virtude da possibilidade de se proferir uma decisão definitiva independente do respeito a normas vigentes.

Desse modo, constata-se, por meio da investigação rigorosa da Teoria Pura do Direito e de suas contradições, a relevância da Justiça, da Sociologia, da cultura, da ética, das origens históricas e das ordens sociais para o Direito. A crítica imanente demonstra que o Direito, a realidade e o valor (Justiça) jamais podem caminhar em dissintonia, como ambicionava a Teoria Pura. Além disso, nota-se que a abertura da moldura normativa na última redação de Kelsen da Teoria Pura do

Direito retoma a ideia de que a afirmação do poder está nas origens do Direito Positivo:

o problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está nas costas do direito positivo. E quem busca uma resposta não encontra – temo – nem a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural: quem descobre o véu e não fecha os olhos é deslumbrado pela Górgona do poder (KELSEN, 1927, p.55).

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Heft 3, De Gruyter, Berlín – Leipzig, 1927.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**, Volume 2. O Século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y estado posliberal**: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Comares, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato desconhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *In*: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. HERRERA, Luiz Henrique Martim. **Hans Kelsen**: Filosofia Jurídica e Democracia. Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

A PREFERÍVEL CONSTRUÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO JUDICIAL DE CONVENCIMENTO

Isaac de Souza Soares

Natália Freire Trajano da Costa Leite

INTRODUÇÃO

O procedimento decisório judicial mais bem aceito ao longo do tempo foi tratado como uma busca lógica pela certeza, ou seja, pensado como um processo racional apodítico por meio do qual, diante do caso concreto, os aplicadores do Direito simplesmente realizariam a subsunção do fato à norma; e isso, por si só, seria o fundamento de uma decisão justa, correta e verdadeira. Reconhecido o Direito como uma esfera de incerteza, em uma perspectiva pós-positivista do realismo jurídico, defende-se aqui o procedimento judicial não como uma demonstração da verdade mas como um trabalho de convencimento, por meio do qual o juiz se utiliza de uma racionalidade retórica na construção de uma decisão – dentre as várias possíveis – preferível e eficaz, tendo em vista a realidade factual e a decidibilidade de conflitos.

Pretende-se defender que os juízes ao fundamentarem as suas decisões não fazem, ou melhor, não devem fazer, e é preferível que não façam, uma tentativa de demonstração da verdadeira e correta solução, por esta reconhecer-se inalcançável. Mas, devem convencer os partícipes da relação jurídica e a sociedade de que aquela é uma solução plausível, verossímil e suficiente ao caso, mesmo que,

sabidamente, não verdadeira, não por causa da incapacidade dos aplicadores, mas pela impossibilidade da pretensão.

Em desfavor de uma metafísica busca pela verdade irrefutável aplicada ao âmbito jurídico desde a origem do Estado de Direito, no final do século XIX, em meados de 1970, dá-se maior ênfase ao uso da linguagem no âmbito jurídico, fruto da incorporação pelo Direito da viragem ou guinada hermenêutica, que proporcionou às ciências sociais um maior caráter interpretativo. Essa promoção de uma cultura jurídica reflexiva e interpretativista transferiu o foco da ciência jurídica ao momento da decisão/aplicação, dando espaço a tese do realismo jurídico, podendo-se falar em uma mudança do Estado da Lei ao Estado de Direitos, ou melhor, do formalismo exegético ao realismo pragmático.

A pretensão do trabalho de demonstrar a preferência trazida no título consistirá de um amparo doutrinário acerca da mudança de perspectiva jurídica positivista para uma interpretativista e realista, tendo em vista os *hard cases*, casos para os quais não há solução aparente na regra, há mais de uma solução possível, ou ainda, casos que causam grande estranheza aos costumes e à coletividade, havendo uma maior necessidade de fundamentação. Em tais contextos, a dificuldade maior não é a de encontrar a melhor solução, mas sim, justificar o porquê dela, evidenciando a insuficiência de sistemas nos quais só se aceita o exame dos requisitos intrínsecos ou formais do ordenamento, não buscando em um ponto fora da norma a referência legitimadora do Direito Positivo.

A presente pesquisa, em parte, utiliza-se de uma imersão metodológica empírica, método grego clássico compreendido em termos de experiência, tomando-a como critério ou norma da verdade. Partiu-se de uma imersão bibliográfica, jurídico-filosófica, descritiva e qualitativa que se utilizou do método retórico, da *Rhêtorikê*, que significa a “arte da palavra”, como meio de persuasão, ou seja, em seu significado inicialmente defendido por Aristóteles e mais recentemente

por Perelman, na tentativa de convencer que a aplicação do direito, a fundamentação da decisão, é um trabalho judicial de convencimento, por ser o Direito, em si, interpretação, possuindo uma existência subjetiva que não exclui os limites da linguagem.

Será necessário adentrar em uma perspectiva histórica sobre o Direito que busca, ou melhor, buscava, decisões judiciais às quais se vinculava o atributo de verdade. Não se diz aqui a verdade envolta em um manto relativo, mas aquela própria das correntes exegéticas mais firmes que atribuíam ao jurídico uma áurea inquestionável da universalidade e da imutabilidade próprias das ciências apodíticas. E se defenderá que, até mesmo aquelas envoltas sob o manto da relatividade não devem ser um recurso argumentativo ou retórico para fundamentar decisões difíceis de um magistrado, pois é preferível que, na difícil tarefa de fundamentar, o juiz profira sua decisão lhe atribuindo a condição de solução verossímil, o que seria bem mais condizente com a realidade. Além disso, a argumentação será construída em cima de um universo jurídico reconhecido em sim uma esfera do convencimento no qual a resolução dos conflitos perpassa pelo trabalho retórico dos agentes jurídicos. Portanto um dos enfoques será analisar o viés retórico dos tribunais.

O MITO DA VERDADE APLICADO AO DIREITO

São Tomás de Aquino, à luz da influência do pensamento aristotélico, sintetiza que a formação da verdade cabe ao intelecto, o qual, operando segundo regras lógicas, deverá chegar ao conhecimento que tem como fonte os sentidos. Ao longo do tempo, a experiência científica conviveu com a certeza de que o conhecimento era um produto da relação entre o sujeito cognoscente separado do objeto investigado, tendo a linguagem tão unicamente uma função descritiva. A verdade por correspondência convenceu a humanidade de que era

possível o ser humano tocar e apreender o objeto que se lhe apresenta e o Direito se tornou, enquanto ciência social, um desses objetos.

Nessa perspectiva, surge o incipiente Estado da Lei (SANTORO, 2005) sob égides iluministas e liberais de um formalismo que defende a estrita vinculação da decisão judicial a uma norma jurídica válida. Assim, buscava-se nele a certeza na aplicação de um Direito sistematizado, simples, seguro, atemporal, em suma, verdadeiro, que rompia com o direito fenomênico anterior formado por uma selva de normas complicadas e arbitrárias (BOBBIO, 1995).

O Direito múltiplo, territorial e passível de modificações por aquele que o aplicaria seria substituído por um ordenamento completo capaz de regular todos os casos possíveis, uma vez que se baseava nos dogmas da completude do ordenamento jurídico e da onipotência do legislador. Para esse direito, considerado verdadeiro, não havia diferença entre legalidade e legitimidade e o legislador era considerado um ser capaz de resolver previamente todos os casos possíveis. O ordenamento jurídico deveria, então, ser um sistema formal, completo e coerente, de forma que toda situação levada ao Judiciário fosse prevista em uma regra e, além disto, que não houvesse mais de uma regra e que não apresentasse ambiguidades (PERELMAN, 2004).

Nesse sentido, a Escola da Exegese apresenta-se como grande representante da importância da norma. Tal escola surge permeada pelo cenário da Revolução Francesa, que, como se sabe, deu início às preocupações do Parlamento em criar normas que protegessem os direitos dos indivíduos contra o arbítrio do aplicador do direito. Nesse momento histórico, portanto, o juiz, que antes era visto como o *langa manus* do Imperador, ou seja, como a mão estendida do Imperador, passa a ser visto como o juiz “boca da lei”.

Esse Estado de Direito, onde vigorava o império da lei, desenvolveu-se sob o paradigma rousseau- montesquiano de que o corpo coletivo jamais pretende prejudicar a coletividade de um de seus membros e de que o juiz tem um poder nulo frente aos texto da

lei, sendo a ele cabível apenas uma participação passiva limitada a aplicação lógica do que foi escrito pelo legislador. O poder judiciário era “essencialmente um instrumento para assegurar a execução da vontade do parlamento” (SANTORO, p. 25).

Com Wittgenstein, no início da década de 20, o processo de conhecimento sofreu considerável transformação em sua estrutura, ao postular que a realidade não passa de uma interpretação. Logo, conhecer sobre essa realidade abarcava diversas perspectivas dos sujeitos intérpretes. A verdade torna-se então incompatível com o movimento do giro-linguístico e a verdade absoluta não mais pertence ao mundo científico, uma vez que a interpretação é inesgotável, surgindo entendimentos de que o aplicador do direito, ao construir enunciados probatórios necessários ao julgamento, produz “verdade a seu modo”.

Tal “verdade” não dependeria do arbítrio ou dos caprichos do sujeito que a propaga, mas do consenso, do discurso coletivo sobre ela propagado. Assim, a verdade lógica se afigura insuficiente para proporcionar o juízo de certeza em face dos enunciados normativos. No entanto, doutrinariamente e jurisprudencialmente pode-se alcançar uma verdade consensual, verdade essa que pode romper com as regras da lógica interna do sistema no disciplinamento de novas relações sociais, o que com frequência tem ocorrido no âmbito dos tribunais superiores. Por que então tratar como verdade, ainda que sob o rótulo de consensual, algo mutável, não datado, não comprovado por critérios lógicos e sujeito a diferentes interpretações?

Na definição da ciência jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Jr. desenvolve o entendimento de que “o conhecimento científico se constrói a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras”. Nesse contexto, a necessidade de se estabelecer certezas, envoltas pelo manto da verdade, surge como condição indeclinável da ciência do direito, pois o direito como produto cultural e decididamente vinculado

ao fenômeno da linguagem se submete tragicamente à diversidade interpretativa e envolvê-lo com o manto da verdade dar-lhe-ia um aspecto mais legítimo.

O mito da verdade absoluta atribuído ao Direito é então confrontado com a inovação proposta pelo supracitado giro hermenêutico, a qual possibilitou uma importante inovação no processo de conhecimento ao expandir a ideia de que o homem encontra-se submetido ao cerco da linguagem e somente por meio dela, e de toda sua diversidade, o sujeito comunica-se com o mundo externo. Sendo o Direito submetido à linguagem, é dele também desvinculado a ideia de verdade absoluta, de maneira que não faz mais sentido submeter as normas jurídicas aos valores verdadeiro ou falso, pois normas jurídicas são proposições de sentido deontico que por desiderato prescrevem condutas. Normas jurídicas, portanto, são válidas ou inválidas, existem ou não existem. Não faz sentido, portanto, se examinar o valor verdade em relação aos fatos contidos na norma, que foram selecionados para serem modalizados deonticamente.

Não surpreendentemente, no final do século XIX e início do século XX, o desafio da incerteza foi lançado ao formalismo e ao normativismo kelseniano desenvolvido com a perda da plausibilidade da ideia de que o processo de resolução de controvérsias legais se reduzia ao processo de interpretação passiva de textos normativos. Na realidade, deixou de ser evidente o nexu vinculante, antes inquestionável, existente entre os textos normativos e as decisões das cortes. O caráter lógico do processo de decisão tornou-se uma ficção, atribuindo-se contingência ao Direito, sendo este o nó central do realismo norte-americano de Oliver Wendell Holmes que incitava questionamentos como o acima levantado.

A tese realista, de maneira geral, defende a ideia de que o juiz não é, não pode ser, e é bom que não seja vinculado estritamente à norma. Para as diferentes teses realistas, o juiz recorre a norma não para decidir a partir dela, por meio de um silogismo lógico no qual o texto

normativo é a premissa maior e os dados do caso são a premissa menor, mas para explicar sua decisão já tomada por outros parâmetros. Assim, a atribuição da contingência ao Direito, reconhecendo a incompletude da norma e o fato dela não se mostrar inteiramente pronta, tornou-se não uma deficiência do sistema jurídico, mas algo “hermeneuticamente necessário e apriorístico” (ADEODATO, 2002 p. 237).

A SOLUÇÃO REALISTA

A Escola Realista entende que a atividade judicial não tem seu alicerce em um Direito caracterizado pela universalidade e imutabilidade, alheio ao arbítrio humano, mas, em verdade, percebe a atividade ou trabalho jurídico como uma construção receptiva às mudanças que ocorrem na sociedade, sem, todavia, deixar-se levar pelo pensamento decisionista que ignora os pontos de partida de aplicação do direito. A decisão seria então um resultado preferível dentre vários possíveis dentro de um campo ético-normativo e não uma verdade absoluta, com o perdão do pleonasma. Decisão essa que tem a finalidade de pacificar o conflito e convencer, tanto as partes quanto a sociedade, de que sua aplicação é a justiça do caso concreto, por mais que seja, nos dizeres de Katharina Sobota, apenas uma realidade artificial, porém eficaz chamada Direito (SOBOTA, 1990).

Jerome Frank, influenciado por teorias psicanalistas, afirmou que o “mito da certeza jurídica” se manteve por tanto tempo (e ainda se mantém) graças a uma necessidade psicológica estabelecida no inconsciente social. Quando percebido pelo indivíduo, durante sua infância, as limitações da figura paterna, passa-se ao Direito o papel de proporcionar segurança e certeza. De forma inconsciente, o indivíduo esforça-se para “encontrar en el Derecho un substituto de aquellos atributos de firmeza, certeza e infalibilidad que se confieren, en la infancia, al padre” (FRANK, 1930).

Uma decisão tomada sob outros parâmetros, que não o texto normativo, não eximem o intérprete e aplicador de bem fundamentar sua decisão, pelo simples fato de que parece altamente perigoso que o juiz possa criar o Direito. Se fosse esse o caso, haveria a clara supressão de um dos constrangimentos do direito dogmático, qual seja, a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais. No entanto, a *inventio* judicial será bem mais uma construção criativa e intencional do que a descoberta de um dado imanente ao texto. O desafio do juiz não reside em encontrar uma verdade jurídica, mas em criar, por meio de uma interpretação ativa, o Direito verossímil, e convencer, por meio de uma retórica hermenêutica, de que sua decisão é a mais “justa” dentro do sistema ético-normativo. Essa concepção retórica do direito percebe o método interpretativo como um modelo de representação e organização de práticas e ideologias jurídicas que estão sempre em conflito (PARINI, 2007). Trata-se de um trabalho em que se limita a arbitrariedade do aplicador do direito ao mesmo tempo em que esse mesmo aplicador esteja apto a perceber as particularidades do caso concreto e da sociedade em que se insere.

Assim como uma marca procura convencer os consumidores que seu produto é o melhor do mercado, o Direito, ou melhor, seus aplicadores, buscam, através de argumentos, convencer a sociedade que suas decisões são acertadas. A argumentação no campo jurídico teria o papel de convencer através da persuasão e inculcar no auditório a visão de que algo foi demonstrado (PARINI, 2007). Nesse processo de convencimento, lança-se uma série de ferramentas retóricas. Segundo Roland Barthes:

Dá gosto verificar que a arte da palavra está originalmente ligada a uma reivindicação de propriedade, como se a linguagem, na sua qualidade de objecto de uma transformação e condição de uma prática, se tivesse determinado, não a partir de uma subtil mediação ideológica (como certamente aconteceu

a tantas outras formas de arte), mas a partir da socialidade (*sic*) mais nua, afirmada na sua brutalidade fundamental, a da posse de terras: começamos a reflectir sobre a linguagem para defendermos os nossos bens.” (BARTHEZ, 1987, p. 24)

A retórica na aplicação do Direito torna-se necessária devido à impossibilidade de se chegar a uma solução única. Cuida-se de encontrar uma tese ou solução que seja a melhor ou aparente ser a melhor, excluindo seus contrários, mesmo que temporariamente. O papel da retórica, destarte, é de servir como um paliativo da lógica, apresentando respostas prováveis, mas não únicas (PARINI, 2007). Já o papel do jurista seria o de criar normas mediante um processo retórico-argumentativo nos limites de um discurso apoiado em um silogismo retórico, caracterizado pela estrutura entimemática, aquela da qual as conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, pois é uma técnica de omissões e silêncios, como condições necessárias para o consenso no Direito (PARINI, 2007, p. 171). A “lógica”, ou quase-lógica, não seria mais a única forma de apresentar a decisão, mas apenas uma estratégia de persuasão no convencimento das partes e da sociedade, ou melhor, na garantia de um “acordo” entre o orador – aplicador do direito – e o auditório – presentes em um julgamento ou mesmo a sociedade como um todo.

Destarte, Benjamin N. Cardozo (2004) problematiza o processo de decisão judicial. Para ele, a decisão se afasta do mecanicismo do “Direito dos tribunais”, mas não devem ser confundidos com os Decionistas, uma vez que o Direito é caracterizado pela inegabilidade dos pontos de partida e seus aplicadores são constrangidos a argumentar, decidir e fundamentar com base nos textos normativos (ADEODATO, 2002). Mesmo assim, no Direito, factualmente, evidenciou-se a negação da “fachada normativa” (SOBOTA, 1990), um ideal abarcado pelo estoque de ilusões sociais, fazendo com que o silogismo

apodítico buscado como técnica fosse suplantado por um ceticismo retórico, dado o reconhecimento de que “nem atribuições universais, nem regras instrumentais constituem a estrutura principal do discurso jurídico” (SOBOTA, 1990).

Dworkin (1996), ao enfatizar a hipocrisia do pressuposto de neutralidade jurídica das decisões, corrobora para o entendimento aceito de que, o direito é um sistema ético-normativo, no qual “a responsabilidade pelas decisões desce de um plano abstrato de justificação a partir de verdades universais para um plano concreto no qual os elementos da realidade possam ser observados como presentes na elaboração de qualquer juízo” (PARINI, 2017, p. 128). O homem influencia sua perspectiva dos fatos a partir de sua pré-compreensão, o que podemos chamar de círculo hermenêutico. Em outras palavras, não haverá decisão objetiva, neutra ou única, pois o aplicador não pode livrar-se da pré-compreensão. De tal forma que o ato decisório não é a aplicação automática de uma verdade descoberta pela dedução lógica, mas uma construção fruto do processo de *Rechtsfinden* (criação ou identificação do direito), que leva em consideração os valores e a subjetividade de quem aplica e a quem é aplicado e assim interpreta o fenômeno jurídico.

A RETÓRICA JUDICIAL E O TRABALHO DE CONVENCIMENTO

Os ouvintes das decisões judiciais, ou seja, a sociedade, estão inseridos num processo de comunicação que abrange condições e limitações comuns à maioria dos indivíduos. Dessa forma, ao se pronunciar uma decisão, deve-se ter em mente a necessidade de legitimação da mesma perante o auditório (a sociedade). Durante muito tempo, a força física ou a lógica formal foram utilizadas para o exercício do poder judicial. Entretanto, mostrou-se mais eficaz e sensato o uso de

outra ferramenta no processo de convencimento da decisão, qual seja, a retórica. Em verdade, o pensamento jurídico contemporâneo aparenta ter abandonado o paradigma de que a interpretação jurídica é a aplicação de um raciocínio dedutivo, ou seja, o silogismo jurídico, e adotado a retórica como uma forma mais prudente de convencimento (BOUCAULT, RODRIGUEZ, 2005).

Nascida na Grécia Antiga, possivelmente em 485 a.C, a retórica serviria como um meio para obter sucesso em pleitos. Dessa forma, a retórica já surge como uma técnica utilizada no campo judicial. Atribuiu-se sua criação a Córax de Siracusa, discípulo do filósofo Empédocles. Para Aristóteles, a retórica é uma competência teórica e prática que objetiva compreender quais as técnicas mais adequadas a fim de se chegar em um resultado específico e abrange três tipos: o forense, o deliberativo e o epidítico.

Retórica forense, para Aristóteles, seria a retórica dos tribunais e seria apropriada ao orador que fala de acontecimentos passados e quer convencer o auditório que tais acontecimentos tiveram certas consequências. A retórica deliberativa é mais apropriada para o discurso político, pois trata de acontecimentos futuros e procura convencer que a solução sugerida é mais adequada. Por fim, a retórica epidítica é utilizada para discurso que cuidam do presente, geralmente utilizados no momento que se concede prêmios, se louva ou se censura algo. Em relação ao campo onde é situada, Aristóteles a coloca como uma técnica, diferenciando-se de uma ciência, que abrange as ciências teóricas, práticas e poéticas. Não é uma ciência teórica pois não trabalha com a descoberta da verdade, como ocorre na matemática; não é uma ciência prática pois não procura realizar um bem, seja individual ou coletivo, como a política; e não é uma ciência poética pois não se constitui como seu próprio objeto.

Mesmo na Idade Média, quando a ordem soberana era indiscutível e independente de persuasão, havia ligações entre a retórica e o Direito, quando se ensinava nas escolas medievais as artes liberais

compostas pela gramática, dialética e pela retórica. No período renascentista, a partir do resgate do pensamento clássico, a retórica ganha novamente importância na disseminação de teses, considerando-se que a disseminação da arte retórica é uma das formas de fazer a razão prevalecer (BARTHES, 2000).

Como o papel da retórica é levar o ouvinte a aceitar a teoria exposta, mostra-se de fundamental importância sua função no campo jurídico, fato percebido desde os tempos de Aristóteles. Sabendo-se da necessidade, mesmo que mínima, de interpretar o Código no momento decisório, surge para o aplicador do direito o dever de demonstrar suas justificativas através do uso da palavra. Dessa forma, a utilização da retórica percebe-se imprescindível ao manusear os argumentos em busca do convencimento, pois o processo de aplicação e decisão não é um processo lógico-matemático fundado na objetividade tão somente.

Dentro do discurso é imprescindível que os fundamentos da decisão sejam expostos, ainda que de maneira incompleta, com omissões e silêncios, enquanto solução verossímil e não verdadeira, ainda que seja clara e dificilmente gere dúvidas, on seja, sendo o que de fato o é, uma impressão de certeza dentro de uma ficção que é a realidade artificial da esfera jurídica. Ao se chegar a essa conclusão, não se quer afirmar que isso gerou alguma perda à segurança jurídica ou um descrédito à atividade judicial, mas, pelo contrário, considera-se uma preferência que o juiz funde sua decisão na verossimilhança e não na verdade, sendo assim suficientemente condizente com o sistema ético-normativo ao qual serve.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, não se imagina alguém, ainda que o mais ferrenho defensor da exegese ortodoxa, que aceita plenamente a ideia

de que a interpretação seja uma atividade atemporal, universal, objetiva e correta, tendo em vista a sociedade em que se vive indelevelmente marcada pela pluralidade e diversidade culturais e econômicas. O que se pretendeu defender aqui não foi somente esse entendimento pouco refutado, mas reconhecer o direito enquanto entidade criada pelo homem na qual a verdade da decisão judicial não deve ser recorrida nem sob o pretexto argumentativo de fundamentar uma decisão sabidamente possível e razoável.

A verossimilhança é a impressão de verdade que a ficção consegue provocar e, reconhecido o Direito como uma realidade artificial, porém eficaz, buscou-se admitir que as decisões judiciais não devem ser fundamentadas como uma demonstração lógico dedutiva, mas por meio do método retórico de convencimento, que por meio de um silogismo retórico almeja a adequação justificada entre a realidade e o verossímil e assim o consenso entre os sujeitos que nesse processo atuam. Mostra-se, portanto, imprescindível um meio interpretativo que ofereça soluções plausíveis sem apelar para a arbitrariedade do juiz ou, de outro lado, que demonstre um apego extremado às regras.

Ademais, essa, não só necessária, mas preferível técnica produtiva de decisões judiciais pode até criar uma ilusão de certeza em um universo de incertezas, mas esse ar de segurança não se dará pelos motivos e meios antes buscados, mas será legitimamente reconhecida enquanto eficaz e viável dentro de um sistema contextual, interpretativo, ético, moral e contingente, que é o sistema normativo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva. 2002.

BARTHES, Roland. **Aventura Semiológica**. Lisboa: Edições 70, 1987.

- BARTHES, Roland. **La Retorica antica**. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione. Trad. Paolo Fabbri. Bompiani, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone. 1995.
- BOUCAULT, C. E. A; RODRIGUEZ, J. R. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- CARDOZO, Benjamin N. Cardozo. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Saraiva. São Paulo. 2006. p. 63
- FRANK, Jerome. **Law and modern mind**. 1930, citado por Bodenheimer, Teoría del derecho. 1942.
- PARINI, Pedro. **Retórica como método no Direito. O entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. Tese (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2007.
- PERELMAN. Chaïm. **Lógica Jurídica**. Martins Fontes. São Paulo.
- SANTORO. Emílio. **Estado de Direito e Interpretação**. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.
- SOBOTA, Katharina. **Não Mencione a Norma!** Tradução João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito. N. 7. Recife: Universitária. 1990.

ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA E O DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE A PARTIR DO MODELO DE POSNER

*Heloísa Toscano de Brito Primo
Manuele Tavares de Azevedo Melo*

INTRODUÇÃO

O pragmatismo surge com o filósofo Charles Sanders Peirce e tem seu escopo alargado com os estudos desenvolvidos posteriormente por William James. Em síntese, pode-se dizer que o pragmatismo é uma vertente filosófica oposta às concepções formalistas do direito, típicas do positivismo normativo. Caracteriza-se também por ser um termo polissêmico, visto que é tratado de modo particular por diferentes autores, mas sempre estando ligado a uma corrente de ideias que pregam a validade da doutrina pelo seu êxito prático.

Sendo assim, pensar o direito sob a ótica pragmatista implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada por juízes. Por isso, ele não é meramente uma teoria do direito, mas é uma teoria sobre a atividade judicial. Este artigo dará ênfase então aos estudos de um dos nomes mais conhecidos do pragmatismo jurídico atualmente, o norte-americano Richard Allen Posner. Isto se dará a partir do delinear sobre a sua teoria da adjudicação pragmática para que, diante desta, possa-se discutir se há possibilidade de aplicá-la ao contexto do judiciário brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A história do pragmatismo (POSNER, 2009, p. 410) se inicia com Charles Sanders Peirce, depois passa para William James, depois vem John Dewey, George Mead e posteriormente, F. S. C. Schiller. Ao mesmo tempo, o realismo se desenvolve com Oliver Wendell Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo, Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Feliz Cohen, Fred Rodell, Max Radin, Robert Hale, Flemin James, Willian Green, entre outros. São dois movimentos que acabam se encontrando por meio da obra de John Dewey e que, apesar de eles não serem idênticos, o pragmatismo acaba por buscar melhorar o realismo.

Necessário se faz frisar que o pragmatismo iniciado por Peirce está ligado aos seus estudos sobre a “Metafísica dos Costumes” de Kant. A ligação entre o pragmatismo e a metafísica se dá no contexto de ele levar em consideração o futuro, sempre pensando nas consequências, entendendo o mundo sempre em constante mudança, podendo sempre apresentar novos contextos, novas experiências.

Assim, Peirce (2008, p. 120) trabalhava inicialmente com os conceitos compreendendo que, para se atribuir um significado a eles, era preciso conseguir aplicá-lo à existência, à realidade. O pragmatismo na visão dele estava mais ligado à busca pelo geral, por criar o que pode ser aplicado a todos, contendo o maior número de significados. Já James caminha um pouco em oposição a ele, buscando particularizar os casos.

O pragmatismo, com James, começa então a delinear o olhar para o futuro, para as consequências advindas. Ele trabalha com a verdade e, para encontrá-la, ele acreditava que era preciso verificar: quando podia ser colocado em prática, quando era palpável, concreto, então, era verdadeiro. E é responsável, portanto, por ser pioneiro em tratar sobre as concepções de que nem tudo é estático, de que não existe uma verdade única e imutável. Em sua visão, ninguém conhece

tudo e, por isso, não se pode falar de verdades absolutas. Por isso, ele evidencia a necessidade de não ter esse apego pelo passado. Deve-se sempre considerá-lo, mas o foco é no futuro.

Percebe-se assim que os autores, apesar de suas linhas de raciocínio distintas, apontam sempre para a prática, o verificável, as consequências, pelo apego ao futuro, pelos fatos concretos. Isso se dá porque, desde o princípio, o pragmatismo está voltado para a luta contra as tendências conservadoras que tendiam a acreditar que o ser humano é capaz de abarcar todas as realidades, sendo elas então imutáveis.

Portanto, trazendo essa realidade para o direito, já dizia o próprio Benjamin Cardozo (2004, p. 66), em *The Nature of the Judicial Process*, que “A causa final do direito é o bem-estar da sociedade”, por isso, a concepção de verdades eternas passou a ser rejeitada. As pessoas estão em constante mudança e o direito precisa acompanhar esses processos. As normas são necessárias, mas são instrumentos, são meios para se atingir um objetivo muito maior. Não é necessário que uma autoridade as dite para que sejam eficazes, mas sim que elas sejam capazes de ser aplicadas. Portanto, Posner diz que:

Ainda sim, embora o discurso dos juízes sempre tenha sido predominantemente formalista, a maioria dos juízes americanos, ao menos diante de casos complicados, age pragmaticamente. Isso ocorre, em parte, porque as questões que passam pela justiça americana sempre foram tão diversas e conflitantes que o formalismo se torna inaplicável na maioria dos casos mais difíceis. (POSNER, 2009, p. 424)

Pode-se observar que ele trata do judiciário americano, mas essa é uma realidade que tem perpassado o mundo todo, inclusive o Brasil. O relacionamento do homem com o mundo e do homem com o homem tem se tornado cada vez mais intenso, mais diversificado

e isso tem exigido do direito. O mesmo não consegue mais abarcar todas as realidades, as lides começam a surpreender e exigir muito do aplicador do direito que não consegue encontrar todas as respostas nos códigos e decisões anteriores.

Portanto, o juiz não pode ser “mero boca da lei”, como é próprio do ponto de vista dos positivistas. Não é condizente que ele seja uma máquina alheia à realidade, apenas decidindo conforme com o que está escrito nas codificações, sem ter um olhar crítico, duvidoso e que não pensa nas consequências das decisões. Nessa perspectiva, Posner defende:

Conforme o país se transforma, os juízes, dentro dos amplos limites estabelecidos pelos legisladores e constituintes, devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político. Nenhum tipo de tradicionalismo os ensinará como fazer isso. O que precisam fazer é idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los. Precisam ter a sensibilidade instrumental, essencial ao pragmatismo. (POSNER, 2009, p. 425)

John Dewey defende então a teoria da lógica para o aplicador construir sua decisão. Enfatizando, mais uma vez, que o juiz será atuante, não sendo só um aplicador de leis prontas. Ele vai trabalhar realizando uma série de comparações entre o que já existe e o exigido pelo caso concreto a fim de que suas escolhas afetem positivamente o futuro. Essa é uma lógica que se distancia da subsunção/silogismo. É um método voltado para primeiro analisar o caso para só então desenvolver as premissas que podem ser aplicadas a ele. É preciso que a solução não seja alheia aos fatos, mas essencial a eles. Sendo assim, o juiz pragmático buscará a saída menos danosa.

É nesse sentido que Posner vai trabalhar com o pragmatismo jurídico por meio da adjudicação pragmática desenvolvida por ele. Esta está voltada para o pragmatismo cotidiano, aquele que foca na prática, na efetivação das ideias, diferentemente do pragmatismo filosófico que trabalha em um campo mais abstrato. Sendo assim, ele estuda de perto o comportamento do judiciário diante das lides, defendendo que enxergar as consequências práticas das decisões judiciais é um fator imprescindível na atividade dos juízes.

Sob essa visão, ele diz que (2010, p. 5) “O passado é um repositório de informações úteis, mas não pode reivindicar nada de nós”. Diante disso, é necessário que fique claro que o pragmatismo não está desinteressado nas decisões passadas, visto que estas são um depósito de conhecimento e muitas vezes, de sabedoria. O juiz pragmatista deve considerar precedentes, estatutos e constituições como fonte de informações potencialmente valiosas para a busca de um suposto melhor resultado do presente caso, apesar dele ver essas “autoridades” meramente como fontes de informação e, portanto, não depende necessariamente delas para fornecer a regra de decisão ao caso novo.

Um exemplo valioso do pragmatismo na perspectiva em que se trabalha nesse artigo é a comparação entre a figura de Odisseu, personagem do filme “A Odisseia”, e Aquiles, personagem do poema “Ilíada”. Enquanto este é um herói, tem todas as capacidades para se defender e realizar grandes feitos, àquele é um simples homem, imperfeito, não idealizado, vencível, mas que se utilizados mecanismos disponíveis para fazer seu melhor. Ele se adapta a cada lugar em que se encontra, ele é instrumental, utiliza o que possui a favor dele e de seu povo. Ele age procurando saber das capacidades, das possibilidades que o mundo o oferece para poder agir.

Dessa mesma forma é a conotação de como o juiz pragmatista deve atuar. Ele não é o juiz Hércules pregado por Ronald Dworkin (2002) que consegue abarcar todas as realidades, analisar todas as

possibilidades, enfim, ser perfeito. O pragmatismo defende o juiz que se esforça diante da sua atividade, que busca compreender a realidade, que vai atrás das melhores formas de resolver os problemas; ele se adapta a cada caso novo, não só decidindo restrito ao caso concreto, mas tendo uma visão futura das suas decisões. Portanto, nem sempre se deparará com as melhores decisões, mas a ideia é procurar alcançar as mais razoáveis, afastando-se de escolhas absurdas que, muitas vezes, são impostas pela lei desatualizada.

Por isso, o grande problema dos formalistas acaba sendo a crença cega de que para cada lide haverá anteriormente uma lei que irá resolver exatamente a questão com a qual se depara. Neste sentido:

O interesse social na continuidade e na constância da lei, que é importante para possibilitar que as pessoas planejem seus assuntos, deve ser compensado pelo interesse social na adaptabilidade da lei à mudança, que é importante para elaborar normas jurídicas sólidas e decisões sensíveis às circunstâncias particulares do caso individual. (POSNER, 2010, p. 89)

Pode-se concluir então que a adjudicação pragmática está preocupada com a efetivação do direito. Este não pode ser meramente uma criação que perpassa a sociedade sem nenhuma função. Na verdade, ele é essencial, mas, com as novas necessidades sociais, ele precisa se adaptar.

Nota-se que o pragmatismo, de uma forma geral, é capaz de nos ajudar a manter uma visão crítica a respeito de certas realidades que se desenvolvem, e tem um papel primordial em muitas áreas do direito, ele é uma espécie de antídoto contra o formalismo. A abordagem pragmática indaga qual é a melhor norma a ser utilizada, considerando que tais conceitos devem servir às necessidades humanas. Assim, o pragmatista não rejeita a metafísica, mas a possibilidade, sendo o conhecimento científico um método tentativo, passível de revisão, pois

nenhum método lógico irá garantir a verdade. O pragmatista vê uma proposição verdadeira ou falsa quando as consequências causadas por elas realmente ocorrem, ele é, sobretudo, um antiessencialista. Posner explica:

Uma das qualidades do pragmatismo é reconhecer que há áreas do discurso nas quais a ausência de fins em comum impede a resolução racional de um problema. O conselho pragmático é que o sistema jurídico navegue harmoniosamente, na medida do possível, por entre as vias da mudança, sem agitar desnecessariamente as águas da política. (POSNER, 2009, p. 421)

O pragmatismo é um tema bastante oportuno para a comunidade jurídica, visto que rompe com ideias abstratas e toma por base resultados práticos. Destacando-se ainda que não existe um pragmatismo homogêneo, mas sim diversas formas de compreensão dele, o pragmatismo jurídico defendido por Posner vai de encontro a teorias morais e debates abstratos em uma decisão judicial. A teoria filosófica na visão deste autor não possui relevância para a decisão judicial, pois ele entende que o juiz deve se ater somente às consequências sociais e econômicas de seus atos.

Dessa forma, o pragmatismo posneriano defende uma abordagem não filosófica e não complexa, dando espaço a um pragmatismo que possui relação direta com a prática das ações, desvinculando-se de ideias intelectuais abstratas. Sendo assim, vai de encontro com as teorias abstratas, são elas a teoria moral, constitucional e política, portanto a abordagem judicial de Posner enxerga as consequências práticas das decisões judiciais como um fator imprescindível nas considerações dos juízes. A adjudicação pragmática prevê que os juízes não são treinados para analisar e absolver as teorias e dados das ciências sociais, limitando assim as realidades sociais.

O caso emblemático destacado por Posner que exemplifica isso é o *Roe vs Wade*, caso judicial em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito ao aborto no país. Todavia, uma das opiniões majoritárias a respeito do caso foi a errônea questão levantada de que a proibição do aborto seria pelo fato de interferir na autonomia da profissão médica, quando, na verdade, tal questão abrange muito além disso – crianças, mulheres e famílias – de forma que tal decisão reitera o fato de que muitos aspectos importantes não são considerados em determinadas leis.

Além disso, para Posner, o juiz pragmático não precisa ser reconhecível por uma forma peculiar de julgar, mas sim por seu estilo de pensar, não se prendendo a ideias sobre deveres morais de respeitar o passado de decisões ou alguma outra fundamentação das atitudes judiciais que não seja pragmática. Destaca ainda, que o juiz pragmático deverá sempre estar aberto a qualquer argumento pragmático a favor das regras visto que os juízes não podem ser confiáveis para a tomada de decisões inteligentes, a menos que sejam instruídos por regras.

Mesmo Posner defendendo o pragmatismo, ele destaca ainda que o mesmo não nos diz sempre o que é melhor, mas quando há um bom grau de consenso entre os juízes, ele ajuda na busca de melhores resultados. Neste quesito, o autor destaca que a adjudicação pragmática não é o caminho certo para todos os tribunais e cita o exemplo da democracia parlamentarista, em especial os ingleses.

Posner destaca que, nestes locais, a adjudicação pragmática seria mais fraca, pois o sistema é efetivamente unicameral e o parlamento é controlado pelo Executivo. Assim, nesses ramos legislativos que são altamente centralizados, é mais fácil a aprovação de leis e se por acaso for descoberto pelos tribunais alguma lacuna existente nessas, o parlamento as preencheria rapidamente. Sendo assim, os juízes ingleses podem estar mais ligados às regras e menos pragmáticos.

Porém, sob o ponto de vista da democracia federalista, a adjudicação pragmática é necessária, pois fatores como o caráter

do judiciário americano, a ausência de critérios uniformes, além da diversidade moral, intelectual e política da nação formam uma complexa e dinâmica sociedade. Isto se torna obstáculo para que os juízes americanos se limitem apenas às regras determinadas pelo legislador e pelos autores da constituição. Portanto, se os tribunais americanos esperam buscar melhores resultados não podem deixar as regras confiadas somente às legislaturas, pois iria gerar resultados injustos e indesejados.

Após todo o delinear sobre a adjudicação pragmática, passa-se para a análise da possibilidade de aplicá-la no Brasil. Tais aspectos jurídicos e sociais assemelham-se a situação do país, visto que ele possui uma democracia federalista, cuja estrutura de aprovação de leis é rígida e há independência dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Tendo em vista a formação dinâmica da sociedade brasileira, associada ao complexo processo de aprovações de leis existente no país, além da dificuldade da interpretação da legislação decorrente da complexidade de normas, circunstancialmente detalhistas e com grau de indeterminação, isso gera um impasse para a identificação do direito realmente importante e relevante para o caso concreto, fazendo surgir a necessidade da figura do juiz pragmático. É neste cenário, que a adjudicação pragmática se torna oportuna, visto que nos casos de surgimento das leis pouco claras ou lacunas legislativas é imprescindível que o juiz busque alternativas que se enquadrem na melhor escolha para as demandas do cotidiano.

Assim, sob a ótica da adjudicação pragmática de Posner, em um contexto brasileiro, vê-se que o referido pragmatismo visa constituir a efetivação dos direitos fundamentais. No âmbito dos avanços sociais garantidos à população brasileira pela Constituição cidadã de 1988, no intuito de reafirmar tais avanços e direitos fundamentais, destaca-se a importância pragmática no ambiente extremamente

técnico do direito, visando dar aos casos concretos, resoluções mais engajadas com o âmbito social em questão.

Ainda nesse contexto, cabe ressaltar a modificação ocorrida em maio de 2018 das Leis de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei nº 13.655 – que levanta a grande questão atual no Brasil: a insegurança jurídica que por muitas vezes afasta investidores das atividades econômicas gerando diversas consequências sociais e econômicas. A nova LINDB procura trazer ao país uma maior responsabilidade entre o administrador e o administrado, evitando medidas abstratas, que não condizem com a realidade do caso concreto e, portanto, impossíveis de serem cumpridas.

A Lei nº 13.655/18 acresceu disposições no que tange à segurança jurídica, dando maior eficácia na criação e aplicação do direito público. Cabe destacar os artigos 20 e 21 da mesma:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam

anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Estes obrigam que as decisões apontem o porquê se adotou a solução que foi dada e as consequências práticas da aplicação de tal sanção. Assim, há uma exigência aos administradores que, ao praticar atos administrativos, façam por motivação concreta, esquecendo conceitos jurídicos indeterminados, trazendo maior qualidade nas decisões administrativas.

Os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro buscam trazer, portanto, a questão da segurança para a efetivação das normas, exigindo que tanto nas esferas administrativas quanto nas judiciais, haja uma justificativa dos efeitos práticos de decisões com valores jurídicos abstratos, isto é, valores que não estariam ligados ao caso concreto, podendo justificar tudo independente do tempo e sem relação com a realidade do julgamento em questão. Tal conceito é totalmente aplicável à ideia de adjudicação pragmática de Richard Posner, visto que busca a resolução do caso concreto por meio de soluções práticas que possam ser aplicadas na realidade do caso concreto em questão, deixando de lado as ideias abstratas.

Ainda tratando da relação dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com a temática do pragmatismo, John Dewey, um dos principais filósofos da corrente pragmatista, afirma que na lei há a preocupação de estabelecer um curso de ação a ser seguido. O autor afirma ainda que os tribunais além de alcançar decisões e expô-las, estas devem mostrar uma razão que justifique tais ideias. Existem vários tipos de lógicas utilizadas, porém, a que mais exerceu influência nas decisões judiciais foi o silogismo que se trata de um raciocínio dedutivo, estruturado formalmente através de premissas das quais se obtém uma conclusão.

Na lei, há uma preocupação com a necessidade de definir um curso de ação a ser seguido, dando julgamento de um tipo em outro,

em favor da adoção de um modo de conduta e contra outro. Segundo o juiz Holmes, a lógica nada mais é que uma consistência formal de conceitos, e a experiência mostra que a relativa fixidez dos conceitos propõe aos homens um sentido especioso de proteção e garantia contra um fluxo de eventos. Ainda de acordo com Holmes, a linguagem da decisão judicial é principalmente a linguagem da lógica que é a maneira mais direta de se obter certezas, mas que estas são geralmente ilusões. Em relação à lógica utilizada nas decisões judiciais, para Holmes, estas devem ser relacionadas às consequências e não aos antecedentes; portanto, deve ser uma lógica que busque probabilidades e não uma dedução de certezas.

Se recorrermos então à nossa concepção introdutória de que a lógica é realmente uma teoria sobre fenômenos empíricos, sujeita a crescimento e melhoria como qualquer outra disciplina empírica, recorreremos a ela com convicção: a saber, que a questão não é puramente especulativa, mas implica consequências amplamente significativas para a prática. Eu deveria de fato. Não hesite em afirmar que a santificação de princípios universais pré-existentes como métodos de pensamento é o principal obstáculo para o tipo de pensamento que é o pré-requisito indispensável de reformas sociais estáveis, seguras e inteligentes em geral e avanço social por meio de lei em particular. Se isso for tão infiltração na lei de uma lógica mais experimental e flexível é um social, bem como uma necessidade intelectual. (DEWEY, 1924, p.421)

Sendo assim, nota-se que os novos artigos introduzidos na LINDB buscam alertar para a ocorrência de uma deferência judicial quando houver um contexto de indeterminação jurídica. Desse modo, o controlador da lei deverá considerar esse aspecto da dificuldade ao analisar o caso concreto, cogitando a existência de uma razoabilidade,

desde que esta seja lícita, admitindo assim a validade jurídica desta interpretação e sua posterior manutenção.

Este contexto é propício para a utilização da adjudicação pragmática, visto que, nesses casos, o juiz teria que adotar a medida mais prática e conivente com a realidade cotidiana, deixando de lado qualquer ideia imaterial da lei que não se aplicasse naquela ocasião ao caso concreto. Dessa maneira, através deste artigo, é notório que a adjudicação pragmática de Richard Allen Posner é totalmente conveniente à realidade brasileira em virtude dos percalços legislativos aqui apresentados.

CONCLUSÃO

Portanto, como foi retratado ao longo do presente estudo, o pragmatismo aqui apresentado se reveste de alternativas para superar os obstáculos apresentados pela complexidade de normas do direito, sobretudo nas democracias federalistas como o Brasil. Sendo assim, a abordagem judicial pragmática posneriana repulsa a teorização abstrata para o processo decisório, devendo o magistrado se apoiar na relação direta com a prática das ações e as consequências que sua decisão trará para o caso concreto e a sociedade o qual está inserido. Sob essa visão, o juiz pragmático possui prioridades diferentes que buscam chegar à melhor solução dos casos concretos.

A partir de todo o conteúdo apresentado, nota-se que a ideia de adjudicação pragmática, desenvolvida por Richard Allen Posner, defende que o pragmatismo jurídico tem de estar voltado para o cotidiano – distinto do corolário filosófico pragmatista – visando resultados baseados na realidade e não se atendo necessariamente ao passado, objetivando as consequências imediatas e futuras que as decisões dos casos concretos possam gerar.

Assim, a adjudicação pragmática tratada neste artigo é mais viável de ser aplicada em países de democracia federalista, a exemplo do Brasil, devido ao complexo sistema de leis. Por isso, o pragmatismo posneriano faz uma busca para facilitar a conduta de julgamento dos juízes, de modo que as decisões sejam feitas a fim de beneficiar a sociedade em questão, sendo este o sentido teleológico essencial para que os valores pragmáticos sejam compatíveis com a contemporânea conjuntura *jus* teórica e com as instituições de justiça.

REFERÊNCIAS

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the Judicial Process**, 1924. Tradução brasileira: A natureza do processo judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66.

DEWEY, John. **Logical Method and Law**. 10 Cornell L. Rev. 17 (1924). Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em: 21 jan. 2019.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. COGNITIO-ESTUDOS: **Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo, v. 5, n. 2, p.119-132, 2008. Disponível em: www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo. Acesso em: 21 jan. de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos. **Inclusão de dez artigos na Lindn traz importante inovação ao Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindn-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 28 jan de 2019.

NUNES, Rafael Alves. **O Pragmatismo Jurídico**. 2014. Disponível em: <https://publicadireito.com.br/artigos/?cod=84f2e494266e3d8b>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

POSNER, Richard Allen. **Pragmatic Adjudication**. 18 Cardozo law review, 1996. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2818&context=journal_articles. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. 1ª ed. Editora Forense, 2010, p. 1-100.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 409 a 428.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O CRITÉRIO DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS NA DECISÃO JUDICIAL

Paulo Henrique Tavares da Silva

INTRODUÇÃO

Recentemente, a Lei 13.655, publicada em 26 de abril de 2018, introduziu uma série de modificações na denominada Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), sendo nossa escolha, dada sua generalidade, comentarmos o disposto no novo artigo 20 ali posto, que assume a seguinte redação: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

A razão de ser dessa e das demais adições ao texto legal, toca o exercício da atividade judicial relacionada ao enfrentamento de questões de direito público, daí a invocação recorrente das esferas administrativa e controladora. Foram acrescentados dez novos dispositivos, todos devidamente ancorados nesse escopo. Ressaltamos, ainda, o último deles, encontrando-se estampado no art. 30 da Lei de Introdução, que assim dispõe: “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. Infere-se que o esforço legislativo teve por moto essencial a preservação da segurança jurídica na aplicação das normas, quiçá como que construindo uma resposta ao tão temido ativismo judiciário, que vem assombrando os administradores públicos, desde o julgamento da licitude das políticas públicas até o cumprimento de decisões judiciais

que determinam o fornecimento de bens e serviços, a partir das normas vigentes.

O artigo acima mencionado dirige-se aplicador da norma, determinando que ele vise não apenas o passado, mas igualmente o futuro, as consequências de seus atos, como que reconhecendo que ordenamento jurídico não continha disposição destinada a pautar o ato hermenêutico de similar comportamento. Justamente por inexistir termos desnecessários no texto legal, um dos cânones interpretativos mais remotos, é que temos a necessidade de precisar o sentido e alcance dessa disposição e, em especial, se isso representa mesmo uma novidade. Aqui reside nosso problema: como interpretar a imposição de sopesar as consequências práticas quando da formação de uma decisão judicial? Afastamos, de logo, as esferas administrativa e controladora, uma vez que a práxis nessas esferas é distinta da atividade judicante, considerando que ao Judiciário compete a última palavra no percurso feito em busca de uma resposta para certa demanda.

Até pelo caráter de novidade da reforma introduzida em nossa Lei de Introdução, a incursão que iremos promover no tema será sempre precária e sujeita as mais pertinentes censuras. Mas nossa hipótese é a de que o legislador, consciente ou não, optou por uma modalidade do ato decisional que se opõe ao padrão formalista tradicional, adotando uma abordagem pragmática. Notadamente, é preciso dar contornos precisos aquilo que se denomina por “abordagem pragmática”.

Nossa teoria de base para o teste da hipótese será a aplicação das noções do pragmatismo no território jurídico. Para tanto, temos de delinear os fundamentos dessa corrente de pensamento e seu relacionamento com a corrente do realismo jurídico, que dela se apropriou. Advirta-se, de logo, que boa parte dos pioneiros do pragmatismo jurídico vêm da tradição do *common law* norte-americano, despontando, de pronto, uma crítica acerca da inadequação desse sistema jurídico em nosso país, sabidamente radicado no *civil law*. Entretanto, a importância do pensamento desses autores foi revivida, a

partir do salutar reencontro dessas correntes na contemporaneidade, particularmente no Brasil, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105), inaugurando a cultura do precedente judicial como ferramenta indispensável à interpretação e aplicação do direito, fundamento da segurança jurídica, que daí por diante passou a ser noção recorrente tanto das leis como doutrina. A partir desse marco, procurando extrair os elementos mais importantes para a confirmação ou refutação da nossa hipótese, é que iremos desenhar o cenário propício a um entendimento mais robusto acerca do objeto de nosso ensaio.

Imbuídos dessa proposta, divide-se o trabalho em três partes, sendo que a primeira se dedica à apresentação dos fundamentos do pragmatismo e da sua constituição como método. Na sequência, o que seria o pragmatismo jurídico e seus impactos na formação da decisão judicial. Ao final, de posse dos elementos precedentes, necessário perscrutar o teste da hipótese, a partir da confrontação entre as noções do pragmatismo jurídico com o ordenamento jurídico nacional, tendo por norte o fato de que inauguramos uma nova fase na aplicação do direito brasileiro.

Enfim, partindo-se da pesquisa bibliográfica e documental, almejamos este ensaio contribuir para o deslinde da atividade judicial e ressaltar a importância do ato de julgamento manter relação com plano da realidade e sua utilidade prática.

DIMENSÕES DO PRAGMATISMO E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O UNIVERSO JURÍDICO

Quem se propõe a discutir o pragmatismo esbarra em algumas dificuldades. A primeira delas é identificar sua origem como movimento intelectual. A posição majoritária é de que essa filosofia representaria uma sólida contribuição ao pensamento dada pelos americanos (quijá

aquela autenticamente nascida nos Estados Unidos), graças ao trabalho de seus pais fundadores Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Entretanto, há quem identifique traços do pragmatismo nos pré-socráticos, nos trabalhos de Hume, Bentham e Mill e até mesmo em partes da extensa obra de Habermas (POSNER, 2010, p. 20). Acreditamos na tese da originalidade dos norte-americanos, especialmente a partir da magistral obra teórica de Peirce, produzida na segunda metade do século XIX e da influência em vários campos da produção científica daquele país, em especial, no terreno do direito, a partir das contribuições de Holmes e Cardozo, integrantes da Suprema Corte dos Estados Unidos, que introduziram elementos do pragmatismo na concepção do que é e como evolui o direito.

Outra questão importante diz respeito à conceituação do que é o pragmatismo.

Com efeito, não se trata um corpo filosófico concreto, assemelhando-se mais a um conjunto de concepções que é pautado mais por suas características gerais, que se inserem noutros campos do conhecimento aplicado. Vale ressaltar que o princípio essencial do pragmatismo diz respeito à maneira de como construir conceitos científicos com maior precisão e clareza e nem era o ponto mais relevante do trabalho de Peirce (ao menos na sua concepção original, sendo mais um ponto de passagem à semiótica que estava desenvolvendo). Os fundamentos teóricos do pragmatismo estão contidos no ensaio: *Como tornar nossas ideias claras*. Ali, Peirce envereda no terreno da formação dos conceitos, a partir dos processos mentais que nos levam a apreender os elementos da realidade. O mais elementar impulso humano é a dúvida, ela excita nossa consciência. Tudo aquilo que nela existe pode ser classificado em dois objetos: os imediatamente conscientes e os mediatamente conscientes, sendo os primeiros com duração temporal fugaz, aquilo que se tem por sensações. Os objetos mediatos são retidos na consciência e apresentam a necessidade para bem formar-se de passar por elementos não apenas do futuro, mas

também os do passado (caráter histórico), sendo a base da formação dos pensamentos. O pensamento é caracterizado por Peirce como “uma ação que tem começo, meio e fim”, “é a linha melódica que perpassa a sucessão de nossas sensações” (2008, p. 69). O pensamento em movimento não tem outra finalidade senão alcançar o pensamento estático, que aplaca a irritação advinda da dúvida, e o resultado final dessa ação é formação da crença.

Elas, as crenças, possuem três propriedades: diz respeito a algo que percebemos no ambiente; aplaca a sensação decorrente da dúvida e, ao final, e mais importante, estabelece uma regra de ação em nossa natureza, um hábito. “O resultado final do pensar é o exercício da volição; e tal exercício não já não faz mais parte do pensamento” (PEIRCE, 2008, p. 70). Mas a crença nada mais é do que um estágio da ação mental, projetado, contudo, para uma ação futura, os hábitos. Os hábitos, enquanto pautas de ação, encontram-se igualmente sujeitos às variações do ambiente e à ação do tempo como elemento transformador. Nesse sentido, importante destacarmos a seguinte passagem daquele ensaio:

[...] a identidade de um hábito depende de como ele nos induziria a agir, não meramente nas circunstâncias em que surgem, mas também em outras circunstâncias possíveis, não importando quão improváveis possam ser. O hábito é dependente do quando e do como ele nos leva a agir. No que concerne ao quando, todo estímulo para ação deriva da percepção; no que concerne ao como, todo propósito da ação é produzir algum resultado sensível. Assim, considera-se como raiz de qualquer distinção real do pensamento aquilo que é tangível e prático, não importando quão sutil isso possa ser; e não há diferença de significado, por mais delicada que seja, que não consista em alguma possível diferença de prática.

Mais adiante, arremata:

Nossa ideia de qualquer coisa é nossa ideia de seus efeitos sensíveis, e se imaginamos que temos alguma outra, estamos enganando a nós mesmos, confundindo o pensamento, propriamente dito, com uma mera sensação que o acompanha (PEIRCE, 2008, p. 72-73).

A partir daí, segue-se o princípio nuclear do pragmatismo:

Considere-se quais efeitos que concebivelmente teriam atuações práticas, os quais imaginamos que o objeto de nossa concepção possua. Então, nossa concepção desses efeitos é o conjunto de nossa concepção de objeto.

Coube a W. James não apenas batizar essa concepção de mundo como pragmatismo, mas igualmente introduzir na noção elementos derivados do psicologismo, ressaltando o elemento volitivo do pensamento como essencial para fixação dos conceitos. Sintetiza ele:

Uma olhada à história da idéia mostrará ainda melhor o que significa pragmatismo. O termo deriva da mesma palavra grega *πρακτικα*, que significa ação, do qual vem nossas palavras “prática” e “prático”. Foi introduzida pela primeira vez em filosofia por Charles Peirce, em 1878. Em um artigo intitulado “Como tornar claro nossas ideias”, em *Popular Science Monthly* de janeiro daquele ano, Peirce, após salientar que nossas crenças são, realmente, regras de ação, dizia que, para desenvolver o significado de um pensamento, necessitamos apenas determinar que conduta está apta a produzir: aquilo que é para nós seu único significado. E o fato tangível na raiz de todas as nossas distinções de nosso pensamento, embora sutil, é que não há nenhuma que seja tão fina ao ponto de não resultar em alguma coisa que não seja senão a diferença possível na prática. Para atingir uma

clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver – que sensações devemos esperar daí, e que reações devemos preparar. Nossa concepção desses efeitos, se imediata ou remota, é, então, para nós, o todo de nossa concepção do objeto, na medida em que essa concepção tenha, afinal, uma significação positiva. (JAMES, 2006, p. 44-45).

No sentido que Posner, James entende que ideia pragmática não é nova, citando que desde Sócrates já encontrávamos resquícios dessa forma de pensar, contudo, sua sistematização como método somente deu-se com Peirce. Mas queremos aqui ressaltar aquilo que está contido no discurso de James, ao afirmar que o pragmatismo é, acima de tudo, um método, a partir da assunção de uma atitude empírica. Diz ele:

O pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se de abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensão ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade. (JAMES, 2006, p. 47).

Outra não é a conceituação mais contemporânea dada por De Waal:

O pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica. Nesse sentido, ele difere, digamos, do materialismo. O que faz alguém um materialista é

a crença, numa ou noutra forma, de que a matéria é o constituinte primordial ou fundamental do universo. O materialismo é, assim, uma teoria acerca de como é o universo. O pragmatismo não faz esse tipo de alegações, mas, antes, diz respeito a como devemos realizar nossas atividades como filósofos, cientistas, detetives de homicídios, contabilistas etc. todas as vezes em que nos engajamos na inquirição. Isso não implica que o método possa ser distintamente separado do conteúdo, mas que a ênfase está claramente no método. (DE WALL, 2007 p. 22).

Numa síntese oportuna, pode-se dizer que o pragmatismo reúne três características essenciais: anti-fundacionalismo; contextualismo e o consequencialismo (BILHIM, 2016, p. 21). O primeiro desses atributos diz respeito à própria razão de ser do pragmatismo: é um método e, como tal repele qualquer dogma, não se funda sob concepções, valendo-se essencialmente do agora para construir o conhecimento. Nele, o passado merece ser considerado como um iter histórico que nos levou ao tempo da ação, ambos, passado e presente, fundem-se, a partir das necessidades envolvidas na solução de um problema que, no caso, diz respeito a uma comunidade. Por fim, o teste pragmático é voltado para o futuro, pois o significado das coisas está atrelado às suas consequências, a verdade deve ser testada pela via da antecipação das consequências e resultados (BILHIM, 2016, p. 23).

Esse agir voltado para as consequências é sistemático, a partir da eleição e um ou mais objetivos, como nos ensina Dewey:

O objetivo, como um fim antevisto, dá direção à atividade; não se trata da visão frívola de um simples espectador, mas algo que influencia os passos tomados rumo ao fim. A antevisão funciona de três maneiras. Em primeiro lugar, implica a observação cuidadosa das condições dadas, com o intuito de verificar quais são os meios dis-

poníveis para alcançar o fim e descobrir os obstáculos no caminho. Em segundo, insinua a sequência ou ordem adequada ao uso dos meios, o que facilita uma seleção ou arranjo cuidadoso. Em terceiro, possibilita a escolha entre alternativas. Se conseguirmos prever o resultado de agir dessa ou daquela maneira, poderemos comparar o valor de duas linhas de ação; poderemos julgar, de forma relativa, porque desejamos tomar um ou outro caminho. (DEWEY, 2007, p. 14)

E complementa:

Claro que esses três pontos estão intimamente interligados. Definitivamente, poderemos prever resultados apenas quando investigamos com cuidado as condições presentes, e a importância do resultado justifica tal observação. Quanto mais adequada for nossa observação, mas variado será o cenário das condições e obstáculos que se apresentam e mais numerosas as alternativas para a escolha que deve ser feita. Por sua vez, quanto mais numerosas forem as possibilidades ou alternativas de ação identificadas na situação, mais significado terá a atividade escolhida e mais flexivelmente ela será controlada. A mente não tem mais nada com que se ocupar quando um único resultado foi pensado; o significado vinculado à ação é limitado. Pode-se apenas avançar na direção do alvo. Algumas vezes, um processo tão estreito como esse pode ser eficaz. Entretanto, se dificuldades inesperadas aparecerem, não haverá tantos recursos à disposição, como quando se escolhe a mesma linha de ação após uma busca mais ampla das possibilidades em jogo. Não se podem fazer os reajustes necessários de imediato. (DEWEY, 2007, p. 15)

Pode-se dizer, ao término desta seção, que o pensamento pragmático é um pensamento estratégico, lastreado profundamente

na observação daquilo que ocorreu e ocorre, projetando vários cenários para o futuro, sem deixar de considerar a possibilidade de promover ajustes de rota futuros. “Agir com um objetivo é o mesmo que agir inteligentemente. Prever o término de uma ação é contar com uma base de onde se observam, selecionam e ordenam os objetos e as próprias capacidades” (DEWEY, 2007, p. 15).

O PRAGMATISMO E A FINALIDADE SOCIAL DO DIREITO

Queremos ainda insistir na aplicação que Dewey faz do método pragmático às coisas da vida. Voltemos nossa atenção para o fenômeno do direito. Para ele, direito é um fenômeno radicalmente social, na origem, no propósito e nas condições de sua aplicação. Baseia-se em atividades humanas de interrelação, a partir da existência de fatos. Fato, para Dewey, não significa algo estanque, mas sim processo, coisa em andamento. Mesmo quando vemos fatos passados, precisamos conceber que estamos vislumbrando uma fatia de uma sequência temporal de longa duração. A lei é, igualmente, um fato social e, como tal, “precisa ser vista tanto como intervindo no complexo de outras atividades e também, como um processo social em si, não como algo que se possa dizer que está feito ou que acontece numa certa data” (DEWEY, 2002, p. 517). Daí, não se pode considerar a lei sem observar as condições sociais que levaram a sua existência, como também aquilo que concretamente ela realiza naquele ambiente.

Sobre a aplicação da lei, a essa percepção de que sua construção se efetiva no curso do tempo e face às circunstâncias sociais, é ainda mais incisiva a observação de Dewey:

[...] aquilo que chamamos de aplicação não é algo que acontece após uma regra ou lei, ou estatuto ser estabelecido, mas é uma parte necessária deles; de fato,

uma parte tão necessária deles; de fato, é uma parte tão necessária que, em casos dados, só podemos julgar o que a lei é, na verdade, dizendo como ela opera e quais são seus efeitos nas e sobre as atividades humanas que estão em andamento.[...] Um dado ajuste legal é aquilo que ele faz, e aquilo que faz reside no campo de modificar e/ou manter as atividades humanas enquanto interesses em andamento. Sem aplicação, há pedaços de papel ou vozes no ar, mas nada que possa ser chamado de lei (DEWEY, 2002, p. 517).

Ou seja, o direito somente se faz presente na realidade social a partir da sua aplicação. E isso explica o enunciado muitas vezes incompreendido do juiz Holmes, de que “a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência”. As necessidades sentidas da época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram muito mais a fazer do que o silogismo na determinação das regras, pelo qual os homens devem ser governados. A lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática (HOLMES, 2013).

Outro integrante de Suprema Corte Americana, consagrado representante do realismo estadunidense, Benjamin Natan Cardozo expõe o que vem a ser o ato de decidir, até mesmo com um certo toque lírico, deixando de lado a segurança das concepções construídas anteriormente:

Necessitamos de um processo seletivo, se a história tiver de ser lida como história e não como simples crônica destituída de interesse. Os diversos métodos de aproximação, bem compreendidos e aplicados, corrigem-se e provam-se uns aos outros. Um apelo às ori-

gens evidenciará a sua futilidade e terá sua significação subvertida, a menos que seja examinado e iluminado por um apelo aos fins. Precisamos aprender a manejar nossos instrumentos, a usar nossos métodos e nossos processos, não isoladamente, mas em conjunto. Eles são instrumentos de progresso que devem ser empregados em combinação. O insucesso em combiná-los, o uso deste ou daquele método como se um excluísse o outro foi o pai de muitos erros. Só de modo precário e duvidoso chegaremos à combinação necessária se não dispusermos da compreensão que vem da análise acurada – análise que é a preliminar, essencial de qualquer síntese perfeita e verdadeira. (CARDOZO, 2004, p. 70)

Mais recentemente, Richard Posner apresenta-nos uma concepção mais singela, estritamente ligada aos resultados e à análise econômica do direito, abordagem que ele denomina de adjudicação pragmática. Por ela, “o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que ‘todas as coisas’ incluem tanto as consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu estado mais amplo” (POSNER, 2010, p. 10). O pragmatismo cotidiano representaria, em síntese, o uso do senso comum como um guia para a resolução dos problemas. Ocorre que aquilo que Posner indica como senso comum, já havia sido tratado como Dewey bem antes, demonstrando como se daria o processo de moldagem do direito às instituições sociais, a partir da noção de hábito (recolhendo-se aqui elementos da obra de Peirce), base da formação dos costumes, considerados estes em seu sentido mais largo, o que nos leva à compreensão de que mesmo esse uso a uma entidade que se poderia considerar como rarefeita, conceitualmente falando, pode ser tão importante para o pragmático. E essa tensão entre o passado e o presente, é revelada com maestria na “metáfora do vale de um rio”, adiante descrita:

Os processos sociais têm condições estáveis e duradouras quando comparadas com a grande quantidade de ações especiais que compõem o processo. Os seres humanos formam hábitos com tanta certeza como realizam ações especiais; e hábitos, quando encarnados em interatividades, são costumes. Esses costumes são, na minha opinião formada aqui, a fonte do direito. Podemos usar a analogia, ou, se preferirem, a metáfora do vale de um rio, a corrente e as margens. O vale, em relação com a terra circundante, ou como a “situação do terreno”, é o fato primário. A corrente pode ser comparada com o processo social, e suas várias ondas, pequenas ondulações na água, redemoinhos, etc., com os atos especiais que compõem um processo social. As margens são as condições estáveis, duradouras, que limitam e também direcionam o curso tomado pela corrente, comparáveis aos costumes. Mas a permanência e a fixidez das margens, quando comparadas com os elementos da corrente que passa, são relativas, não absolutas. Dada a situação do terreno, a corrente é uma energia que entalha o trajeto, de níveis mais elevados para níveis mais baixos, e desse modo, quando vista como um processo de longo prazo (tanto no tempo como no espaço), forma e reforma suas próprias margens. Os costumes sociais, inclusive tradições, instituições, etc., são estáveis e duradouros quando comparados com as ações especiais e com o arranjo em série desses atos, que forma um processo. Mas eles e, por conseguinte, os regulamentos legais que são suas formulações precipitadas, são fixados apenas relativamente. São submetidos, mais cedo ou mais tarde, de forma mais lenta ou mais rápida, ao atrito de processos em andamento. Pois embora constituam a estrutura dos processos que estão acontecendo, são a estrutura dos processos no sentido de que surgem e tomam forma dentro dos processos, não sendo impostos aos processos de fora para dentro. (DEWEY, 2002, p. 517-518)

Notadamente, cabe igualmente ao juiz pragmático estar atento a esse jogo de interação entre as estruturas do passado e os acontecimentos que configuram o presente, mirando nas consequências dos seus atos como forma a preservar esse delicado equilíbrio, evitando mudanças bruscas.

ADOÇÃO DA ABORDAGEM PRAGMÁTICA OU CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO

Agora vamos nos concentrar nas disposições da Lei 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, que introduziram vários artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec-Lei 4.657/42). Dali, pinçamos o dito no artigo 20, a estatuir que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, isso nas esferas administrativa, controladora e judicial. A propósito, nessas mesmas esferas, ainda vamos encontrar alusões a esse critério consequencialista no artigo 22, § 1º, que se refere às “circunstâncias práticas” que devem ser sopesadas “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”.

A primeira questão a ser aqui enfrentada diz respeito ao âmbito de aplicação dessas normas. Limitam-se apenas ao círculo do direito público, ou podem ser servir como parâmetro para a aplicação das normas de direito privado? Nesse ponto, cremos que não calha uma interpretação restritiva do dispositivo, apesar do foco expresso naquele segmento do direito.

Na verdade, não poderia a norma limitar o uso do critério pragmático a determinada província do direito, uma vez que a utilização do método, como vimos, parte do pressuposto de que nos textos legais não se escondem as respostas para todos os problemas, à semelhança da moldura kelseniana, que constrangia a liberdade do

juiz tão-somente na escolha, dentre as alternativas extraídas da interpretação do texto legal, de uma suposta solução para o caso em julgamento. Hodiernamente, o texto legal é um ponto de partida e não de chegada e o processo hermenêutico é riquíssimo, construído a partir de elementos que pré-condicionam às concepções de mundo que serão utilizadas no enfrentamento dos casos. O direito, como prática retórica, pode dar a aparência de estar operando dentro do silogismo clássico, onde a premissa maior contém todo um universo de soluções, mas isso não quer dizer que o juiz, realmente, tenha operado a partir do método dedutivo. A forma, não se confunde com o conteúdo.

Vemos aquele artigo 20 da Lei de Introdução bem mais como um elemento de invalidação da decisão judicial, uma vez que a fundamentação do juiz, ou mesmo da adoção de decisões extrajudiciais (nas esferas administrativas e controladora), devem fazer expressa menção aos efeitos possíveis daquela decisão judicial, especialmente quando ela se apresenta como criadora de novas situações jurídicas. Nesse sentido, casa bem o parágrafo único daquele dispositivo, com destaques nossos: “**A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.**”

Notadamente, esse critério deverá ser agregado ao disposto no art. 489 do CPC, que trata especialmente das hipóteses de invalidação das decisões por deficiência de fundamentação, mais precisamente neste parágrafo:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ora, o que advogamos neste ensaio é a inserção de uma derivação do disposto no item II acima descrito. Isto é, ao manejar com conceitos jurídicos indeterminados, ou valores abstratos (são institutos distintos, cuja diferença não cabe no presente estudo), o juiz deverá explicitar não apenas sua relação concreta com o caso (sendo aqui realista), mas igualmente as consequências práticas dessa decisão, considerando que agora o ordenamento jurídico admite a força dos valores jurídicos como elementos propulsionadores da evolução normativa. Eis aí a novidade!

Portanto, devemos interpretar as inovações da Lei 13.655/18 como elementos complementares à técnica da decisão, que se amoldam, inclusive, ao sistema do precedente judicial introduzido pelo CPC anteriormente, mesmo porque, a demonstração da superação de um entendimento consolidado num precedente poderá ter por base a adoção de valores constantes no ordenamento jurídico, expressos ou implícitos, particularmente nas atividades envolvendo direito

administrativo, a partir da importância que se dá ao seu objeto nuclear, atrelado à defesa da coisa pública.

UMA NOVA FRONTEIRA OU UMA MIRAGEM? (À GUIA DE UMA BREVE CONCLUSÃO)

Estamos lidando com alterações legislativas bem recentes. E enveredar nesse território é sempre ariscado. Aliás, isso também tem relação com o pragmatismo, uma vez que não poderemos ter a exata dimensão daquilo que se entende por lei, senão a partir do seu uso parte da comunidade e, especialmente, dado o casamento com o realismo jurídico, senão com a consolidação de padrões interpretativos pelo judiciário. Em nosso país essa situação ainda é mais agudizada, frente o sistema do precedente judicial, igualmente recente, introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, detentor de características diversas dos demais sistemas tradicionais do *common law* e destinado a produzir autêntico centralismo decisional a partir das decisões dos tribunais superiores.

Assumimos o risco de delimitar, ao menos no campo proposicional, do alcance e extensão da novidade encartada no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a partir da ótica do pragmatismo jurídico. A via do pragmatismo foi escolhida porque espelha um tratamento sistemático, um método, concebido a partir de uma concepção filosófica que se recusa a reconhecer o papel fundante dos dogmas, das respostas pré-concebidas. A adoção do pragmatismo no campo do direito provoca alterações fundamentais, a partir da própria concepção daquilo que se entende por direito e das suas fontes, ressaltando o caráter histórico das transformações sociais e seu papel na evolução dos sistemas jurídicos. O pragmatismo jurídico visa equacionar passado com presente, com os olhos sempre voltados para o futuro, a partir de consequencialismo responsável e

engajado com o desenvolvimento social. Sob tal perspectiva, seu uso como suporte teórico para a interpretação é de todo aconselhável.

De posse dos elementos fundamentais do pragmatismo jurídico, podemos asseverar que a novidade legislativa não possui a aplicação restrita que se pode imaginar frente a uma leitura apressada do dispositivo. Pelo contrário, representa a assunção pelo sistema normativo do papel representativo dos valores na construção, manutenção e evolução do direito no Brasil. Contudo, preferimos ainda não enveredar na seara da conceituação e funcionamento dos valores no direito, limitando nossas conclusões a situação daquele dispositivo considerando a totalidade dos mecanismos de formação da decisão judicial. Daí, infere-se: a) que o consequencialismo pode e deve ser utilizado como procedimento formativo da decisão judicial não apenas no âmbito do direito público; b) que o caráter consequencial/pragmático insere-se como cláusula determinante da fundamentação das decisões judiciais, quando se der o manejo dos valores como elemento necessário à aplicação normativa ou mesmo à superação do precedente judicial. É hipótese essencial à argumentação decisional e, como tal, caso não seja corretamente utilizada, levará à nulidade da decisão.

Não temos dúvida que se trata de inovação legislativa relevantíssima, capaz de arejar o ordenamento jurídico, sob o prisma do compartilhamento de responsabilidade entre os poderes. No entanto, o novo, nem sempre causa boas sensações e, na presente quadra histórica do século XXI, somos portadores de mais incertezas, não sendo diferente prognosticar aquilo que nos aguarda num futuro próximo. Somente nos resta enfrentar o tema, sob os mais diversos pontos de vista, na tentativa de construir o entendimento mais adequado ao tema. A lição aqui, também é pragmática. Deixamos o leitor com a citação final feita por W. James, na obra *A vontade de crer*, da lavra de Sir James Fitzjames Stephen:

O que você pensa de si mesmo? O que você pensa do mundo?... Em todas as situações importantes da vida, temos que dar um salto no escuro... Se decidirmos deixar os enigmas sem resposta, essa será uma escolha; se hesitarmos em nossa resposta, essa também será uma escolha: mas, qualquer que seja a nossa escolha, assumiremos as suas consequências. Se um homem escolhe dar as costas definitivamente para Deus e para o futuro, ninguém pode impedi-lo; ninguém pode demonstrar, sem nenhuma margem de dúvida razoável, que ele está enganado. Se um homem pensa da maneira contrária e age conforme pensa, não vejo também como alguém possa provar que está enganado. Cada um deve agir como julga melhor; e, se está errado, o problema é dele. Estamos um desfiladeiro na montanha em meio a neve rodopiante e à neblina que nos cega e, por entre a bruma, temos apenas vislumbres ocasionais de trilhas que podem ser enganosas. Se ficarmos parados, congelaremos até morrer. Se tomarmos a estrada errada, seremos despedaçados. Nem sequer sabemos com segurança se existe um caminho certo. O que devemos fazer? Ser fortes e corajosos. Agir da melhor maneira, esperar pelo melhor e assumir o que vier... Se a morte for o fim de tudo, não poderemos ter um encontro melhor com ela (JAMES, 2001, p. 49-50).

REFERÊNCIAS

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequentialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARDOZO, Benjamin Natan. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

DE WALL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.

DEWEY, John. Minha Filosofia do Direito. In: MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEWEY, John. **Democracia e Educação**: capítulos essenciais. São Paulo: Ática, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/2449>. Acesso em: 02 maio 2018.

JAMES, William. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001.

JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. **Ilustrações da lógica da ciência**. São Paulo: Ideias e letras, 2008.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOBRE OS AUTORES

Filipe Mendes Cavalcanti Leite

Advogado e professor universitário. Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito Econômico pelo mesmo programa, com pesquisa abordando a normatização e aplicabilidade do Acordo de Leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Atualmente, é professor substituto no curso de Direito, Campus III, da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) – Campus III e professor da FAC-CG. Foi professor, vinculado ao Departamento de Direito Privado, do Campus I (João Pessoa) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Adriana de Abreu Mascarenhas

Advogada. Participou do Curso de Desenvolvimento Sustentável (Développement Durable) na Université de Montpellier I, na França. Concluiu seu Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba em 2002. Atualmente é professora Adjunto IV do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal da Paraíba, exercendo o cargo de Coordenadora Acadêmica na Pró-Reitoria de Graduação da UFPB. É membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Curso de Direito de João Pessoa e participou dos Conselhos Universitários CONSEPE E CONSUNI da UFPB. Ensinou em várias Universidades Privadas como UNIPÊ e FESP, bem como na UFCG. Ministrou aulas e realizou orientações e participação de Bancas dos Cursos de Especialização da Escola da Magistratura de João Pessoa e Campina Grande. Ministra atualmente disciplinas no Curso da EAD de Especialização do Programa de Apoio aos Dirigentes Municipais de Educação – PRADIME. Participou também da versão do Curso de Extensão do PRADIME em 2014. Orientou mais de 60 trabalhos de conclusão de curso na área de Direito

e também nas Especializações, sobretudo em Direito Ambiental. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Consumidor, Financeiro, Empresarial, Trabalho e Metodologia. Participa do Grupo de Pesquisa do CNPQ intitulado: Direito, Empresa, Corrupção e Organizações, sendo responsável pela linha de pesquisa - Passivo ambiental: o papel das empresas na preservação e prevenção de danos ao meio ambiente. Participa também do Projeto de Pesquisa do CNPQ intitulado: Direito Humano à Alimentação adequada e Direito à Água no Universo da Produção ao Consumo.

Marília Marques Rêgo Vilhena

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2002), mestrado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2005) e doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2016). Atualmente é professora assistente da Universidade Federal da Paraíba. Tem experiência na área de Direito, com ênfase nos seguintes temas: direito de empresa, gerenciamento de litígios, novas tecnologias, métodos adequados de resolução de conflitos e precedentes judiciais.

Pâmela Kelly Holanda Brito

Advogada. Bacharela em Direito (UFPB). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões.

Caroline Sátiro de Holanda

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2002) e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2006). Atualmente é professora assistente do Departamento de Direito Privado, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Co-coordenadora do Grupo MARIAS de extensão e pesquisa em gênero, educação popular e acesso à justiça. Tem experiência nas áreas de Direito Civil, Gênero, Feminismos e Bioética.

Antônio Alves de Vasconcelos Filho

Mestrando em Ciência Política e Relações Internacionais (UFPB). Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas pela UFPB. Possui como áreas de interesse: Direito Civil, Direito Econômico, Democracia e Direitos Humanos.

José Mário da Silva Sousa Filho

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

Julian Nogueira de Queiroz

Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa. Professor Adjunto da UFPB.

Maria Goretti Dal Bosco

Pesquisadora. Mestrado em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Bolsista da Capes na modalidade sanduíche, no ano de 2004, na Universitat de Barcelona, em Barcelona, Espanha, na produção da pesquisa “Improbidade administrativa em políticas públicas”, orientada pelo professor Jose Antonio Estevez Araujo. Pós doutorado na Univesità degli Studi Roma Trè, em Roma-IT, com a pesquisa “Direito à Saúde comparado Brasil/Países do Leste Europeu recém admitidos pela União Europeia”, orientada pelo prof. Luigi Ferrajoli. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e do Programa de Pós-graduação em Direito Agrário (PPGDA) da Universidade Federal de Goiás (UFG). Avaliadora de Educação Superior do INEP-MEC. Autora de obras e de publicações em periódicos nas áreas de direito público e privado. Integrante de Grupos de Pesquisa no CNPQ nas áreas de Empresas e regulação estatal, e Produção agroalimentar, indústria, consumo e regulação estatal, abordando o direito humano à alimentação adequada e o direito à água sob perspectivas interdisciplinares em vários campos do conhecimento. Tem experiência nas áreas do Direito Público e do Direito Privado, atuando principalmente nos

seguintes temas: Administração pública, Direito Administrativo, Direitos Humanos, Direito à alimentação, Direito Empresarial, Direito dos contratos, Direito do Consumidor e Direito das Famílias. Membro do Conselho Deliberativo da Transparência Brasil, organização de combate à corrupção na administração pública.

Alessandra Macedo Asfora

Doutora em Direito Pela Universidade Federal de Pernambuco (2017), mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006), com concentração em Teoria e Filosofia do Direito; Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2000). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal da Paraíba (2008), lecionando Direito Civil, Metodologia da Pesquisa Jurídica e Teoria do Direito.

Anderson Barbosa Paz

Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em LEA Negociações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Formado em Teologia pelo Seminário Teológico Betel Brasileiro (curso livre). Professor de “Teoria Geral do Direito” no curso de Direito da Faculdade Internacional Cidade Viva. Advogado (Seccional OAB-PB).

Gabriel Felix Menelau

Advogado. Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Durante a graduação foi monitor nas disciplinas de Direito do Trabalho e Direitos Humanos. Integrou o grupo de pesquisa (PIVIC) Direito humano ao trabalho e desenvolvimento no contexto do Estado de Bem-Estar Social e(m) crise.

Anna Luíza de Carvalho Lisboa

Graduada em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ – UFPB) e estagiária na Procuradoria da República na Paraíba.

Isaac de Souza Soares

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

Natália Freire Trajano da Costa Leite

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

Heloísa Toscano de Brito Primo

Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

Manuela Tavares de Azevedo Melo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

Paulo Henrique Tavares da Silva

Possui graduação em Direito – Institutos Paraibanos de Educação (1989), mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2002) e Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB (2013). Ocupa o cargo de Juiz Titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa. Professor Titular no Unipê (Centro Universitário de João Pessoa), na cadeira de Direito do Trabalho II (graduação) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado). Professor Adjunto da UFPB. Professor convidado da Esmat 13 (Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba/Especialização Lato Sensu em Direito Material e Processual do Trabalho). Coordenador Acadêmico do PPGD/Unipê (mestrado em Direito).

U Este livro foi diagramado
pela Editora UFPB em 2022,
utilizando a fonte Myriad Pro.



9 786559 421930