



REVISTA DA fesp

periódico de diálogos científicos

ISSN 1982-0895



Setembro de 2009 - Ano III

6ª Edição

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 6, (set. 2009). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da
Paraíba, 2009

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU: 34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. *Título do artigo*. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2009, vol. 3, p. 00-00. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS

ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Administrativo-pedagógico: Luiz Henrique Barbosa

Diretor Financeiro: Fábio Santiago Chaves

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Eduardo Cavalcanti

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Alessandra Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Direção Editorial

Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB

Ana Rute Pinto Brandão - UFAL

Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de Souza –
FAVIP/PE

Marco Antônio Martins – UFSC

Marília Marques – UFCG

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE

Sônia Barreto – UFSE

Sorainy de Oliveira Manguiera - UFAM

Sueli Arnoud – UFPB

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei *FESP*

Fernando Porto *FESP*

Fernando Monteiro *FESP*

Goretti de Assis Laier *FESP*

Luciana Vilar de Assis *FESP*

Lucrécio Araújo de Sá Júnior *FESP*

Raissa de Sena Xavier *FESP*

Socorro Menezes *FESP*

Wladimir Alcebíades *FESP*

Direção Editorial Discente:

Fábio Matos *FESP*

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Design Gráfico:

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Comitê Editorial Externo:

Sumário

ÉTICA E ONTOLOGIA NA ERA TECNOLÓGICA

Luís Thiago Freire Dantas, Sônia Barreto

7

ANÁLISE INTRODUTÓRIA À SOCIOLOGIA JURÍDICA DE MAX WEBER

Lucas Cavalcante de Lima, Antônio Campos Júnior

17

UMA ANÁLISE DO PROJETO ILUMINISTA KANTIANO PARA SE ALCANÇAR A PAZ PERPÉTUA

Sorainy de Oliveira Manguiera

35

APONTAMENTOS SOBRE A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL PÁTRIO

Luís Alberto de Fischer Awazu

44

OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Julian Nogueira de Queiroz

52

Quanto à Inviolabilidade do Direito à Vida do Nascituro e o Descumprimento de Preceito Fundamental

Priscila Kate Alves dos Santos, Lucrécio Araújo Sá Junior

69

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

82

Justiça entre virtudes: a inocência e a prudência

O presente número da **Revista da FESP: periódico de diálogos científicos** contempla um conjunto de textos sobre temas variados. Esta edição conserva, assim como as anteriores, a metodologia do discurso científico com o objetivo de reunir trabalhos de pesquisadores que investigam diferentes temáticas do conhecimento em geral, principalmente do Direito e da Filosofia, que nesta 6ª edição, se apresentam em especificidade.

Sobre os trabalhos desenvolvidos, pensamos que sugerir uma única parte da impressionante quantidade de textos que nos são enviados é uma tarefa difícil, mas é por priorizar a qualidade, que para nós, que fazemos a *Fesp Faculdades*, o debate sobre essas questões urge de fato, como algo maravilhoso. Vários são nossos colaboradores e talentosos assistentes de pesquisa, que nos auxiliam a completar cada edição dessa Revista.

Em tempos de crise trazemos em nossa capa a Justiça sendo desarmada pela inocência e admirada pela prudência, com a idéia de refletir sobre o delicado tecido da moral que diz respeito ao indivíduo no mais fundo de seu "foro íntimo", e que ao mesmo tempo o vincula aos homens com os quais convive.

Etimologicamente, virtude vem da palavra latina *vir*, que designa o homem, o varão. *Virtus* é "poder", "potência" (ou possibilidade de passar ao "ato"). Virilidade está ligada à idéia de força, de poder. *Virtuoso* é aquele capaz de exercer uma atividade em nível de excelência. Em todos esses sentidos persiste a idéia de força, de capacidade. No campo da Ética a virtude é a permanente disposição para querer o bem, o que supõe a coragem de assumir os valores escolhidos e enfrentar os obstáculos que dificultam a ação. Em moral, a virtude do homem é a força com a qual ele se aplica ao dever e o realiza. Uma vida autenticamente moral não se resume a um ato moral, mas é a repetição e continuidade do agir moral.

A complexidade do ato moral está no fato de que ele provoca efeitos não só na pessoa que age, mas naqueles que a cercam e na própria sociedade como um todo. Portanto, para que um ato seja considerado moral, ele deve ser livre, consciente, intencional, mas também é preciso que não seja um ato solitário e sim solidário. O ato moral supõe a solidariedade, a reciprocidade com aqueles com os quais nos comprometemos. E o compromisso não deve ser entendido como algo superficial e exterior, mas como o ato que deriva do ser total do homem, como uma "promessa" pela qual ele se encontra vinculado à comunidade. Em Kant, o comportamento moral é consciente, livre e responsável. É também obrigatório, cria um dever. Mas a natureza da obrigatoriedade moral não reside na exterioridade: é moral justamente porque deriva do próprio sujeito que se impõe a necessidade do cumprimento da norma. Pode parecer paradoxal, mas a obediência à lei livremente escolhida não é prisão; ao contrário, é liberdade.

Fundado no desejo de continuidade e na capacidade de perseverar o bem, o agir virtuoso não é ocasional e fortuito, mas algo que deve se tornar um hábito.

**Lucrécio Araújo de Sá Júnior
Valéria Fernandes Pereira**

ARTIGOS

ÉTICA E ONTOLOGIA NA ERA TECNOLÓGICA*

Luís Thiago Freire Dantas (NEPHEM/ UFS)**
Prof^a. Dr^a Sônia Barreto (NEPHEM/ UFS)***

RESUMO: Com base na afirmação de Hans Jonas, segundo a qual as novas modalidades da técnica moderna romperam com os cânones da ética tradicional, o artigo pretende explicar os novos modos de ação calcados na proposta jonasiana da *Ética da Responsabilidade*, que tem como um dos pressupostos a exigência de pensarmos um mundo para as gerações futuras, cuja proposta ética, ultrapassa os fundamentos antropológicos e imputa responsabilidades para com toda a biosfera. Com este propósito relacionamos, ao longo do texto, a proposta de Jonas, à analítica existencial elaborada por Heidegger, em *Ser e tempo*.

Palavras-Chaves: Ética. Ontologia. Responsabilidade. Cuidado.

ABSTRACT: Based on the statement of Hans Jonas, that the new forms of modern technology broke with the traditional canons of ethics, the article aims to explain the new modes of action based on the proposal jonasian the Ethics of Responsibility, which has as one of the assumptions requirement to consider a world for future generations, whose proposed ethics goes beyond the anthropological foundations and allocates responsibility to the entire biosphere. In this regard relate, throughout the text, the proposal for Jonas, the existential analytic prepares for Heidegger, in Being and Time.

Keywords: Ethics. Ontology. Responsibility. Care.

Introdução

Hans Jonas propõe uma nova ética motivado pelas mudanças advindas das novas modalidades de relações do homem com a técnica, oriundas da técnica moderna, as quais, do ponto de vista do filósofo, se associam em grande medida, à ameaça da vida no planeta. Desse modo, o filósofo vislumbra novas obrigações e limites para o poder do homem em face da natureza. Seu argumento tem como base a “heurística do medo”, que pode conduzir à

* Este trabalho é parte de uma pesquisa financiada pela FAPITEC/SE

** Licenciando em Filosofia/UFS. Vice-coordenador do Grupo de estudos Kant e a Herança kantiana NEPHEM/UFS.

*** Professora do Departamento de Filosofia da UFS, Coordenadora do Grupo de Estudos Kant e a Herança kantiana NEPHEM/UFS, Professora do Programa de Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente PRODEMA/UFS

preservação do conceito de homem, desvinculando-o do vazio ético, indo além da sagacidade, e tornando-o apto a exercer uma ética da responsabilidade. Hans Jonas observa essa necessidade de modificação no campo ético, pelo fato de que uma normatização, qualitativamente nova das nossas ações demonstraria, um ultrapassamento dos cânones antropocêntricos que regem a ética tradicional.

Com base na proposta de Jonas intentamos estabelecer, ao longo do texto, uma correlação com a ontologia heideggeriana, baseada na análise preliminar do homem, ou conforme nomeia Heidegger, do *Dasein*¹, enquanto ser-no-mundo (*in-der-welt-sein*). Na referida analítica, Heidegger procura destacar os caracteres ontológicos deste ente, a partir dos quais se torna possível indicar um nexos com a via preparatória da ética da responsabilidade, uma vez que o homem à luz da ontologia heideggeriana é constitutivamente ser-no-mundo.

I

A interpretação ontológica do *Dasein*, elaborada por Heidegger, pode suscitar uma melhor compreensão da proposta ética desenvolvida décadas adiante pelo seu aluno Hans Jonas. Nossa afirmação pode assegurar-se pelo fato de que o primeiro ponto, observado por Jonas, corresponde ao homem nas suas faculdades auto-adquiridas do discurso, da reflexão e da sensibilidade social; o homem constrói uma casa para sua existência, ou seja, ele cria o artefato da cidade. Assim, o espaço preenchido com a cidade dos homens, destina-se a se cercar e não a se expandir. Em consequência disso, todas as ações, sejam valoradas como bem ou mal, ocorrem no interior deste enclave humano sem tocar na natureza das coisas. Nesse contexto, o homem deixa que a sua vida se desenvolva, e esse âmbito, lhe empresta certo grau de permanência, pelos meios que inventa e pela instauração de normas às quais ele se dispõe a obedecer.

No entanto, como escreve Hans Jonas, essa moradia, artificialmente produzida, não podia oferecer nenhuma garantia em longo prazo. Por isso, “A despeito de toda liberdade concedida à autodeterminação, nem mesmo no interior do ambiente artificial o seu arbítrio poderá revogar algum dia as condições básicas da existência humana” (Jonas 2006:33).

¹ “No século XVIII, *Dasein*, passou a ser usado pelos filósofos como uma alternativa para as palavras derivadas do latim *Existenz* (“a existência de Deus”), e os poetas a utilizavam no sentido de “vida”. [...] Em suas primeiras preleções, Heidegger frequentemente usa *Leben*, “vida” ao falar dos seres humanos e do seu ser, mas *Dasein* aparece com o sentido de ST em 1923”. Cf. (INWOOD: 2002; 29). Tal como é empregado por Heidegger, o termo *Dasein* tem sido traduzido para a nossa língua como: *ser-aí*, *estar-aí* e *pre-sença*. Neste texto manteremos este termo em Alemão.

Assim, desde a criação da cidade, confiada aos seus cuidados, esta permaneceu como domínio completo e único da responsabilidade humana. Deixando a natureza fora desse campo, já que ela podia cuidar de si mesma e até mesmo do próprio homem, tais condições não remetiam o pensamento, na direção de uma ética destinada à preservação da natureza. Desse modo, esta era a estrutura fundante da ética tradicional, que condizia apenas à “cidade”, lugar onde os homens lidam com outros homens e a inteligência casava com a moralidade. Ademais, como aponta Hans Jonas, o mundo extra-mundano, que corresponde ao domínio da *techne* (habilidade) era eticamente neutro, tanto mais porque sua força inicialmente não provocava qualquer mudança significativa na natureza atingindo-a apenas superficialmente.

Assim, a vocação do homem encontrava-se em outro lugar. E toda a significação ética condizia ao relacionamento direto do homem com o homem, ou seja, uma relação estritamente antropocêntrica, mesmo que o homem fosse prejudicado em sua condição fundamental pela *techne* reconfiguradora. Assim, “O bem e o mal, com o qual tinha de se preocupar, evidenciavam-se na ação, seja na própria práxis ou em seu alcance imediato, e não requeriam um planejamento em longo prazo” (Jonas 2006:35).

Porém, como aponta Hans Jonas, tudo isso se modificou. A técnica moderna introduziu ações inéditas de tal grandeza, que a ética antiga não pode mais enquadrá-las em seus preceitos. Já que o fazer coletivo encobriu aquela imediatez que se apresentava na ética do “próximo”, numa esfera cotidiana da interação humana. Agora, se impõe à ética uma nova dimensão de responsabilidade. Visto que, a natureza começa a ser vista como vulnerável e não mais auto-suficiente, sendo este fato o primeiro choque que promove o surgimento de uma nova ciência: a ecologia. O advento desta nova ciência modificou a representação de nós mesmos, agora considerados como um fator causal do complexo de coisas, o que implica dizer, que a natureza da ação humana, a partir da técnica foi realmente modificada.

II

Seguindo esse horizonte Jonas dirá que, para estabelecer os princípios de uma nova ética, duas questões devem ser tematizadas: a) Quais seriam os fundamentos da nova ética, exigida pelo novo agir? e, b) Quais são as perspectivas das circunstâncias práticas do homem? A primeira questão se relaciona à doutrina dos princípios da moral, e a segunda concerne às ações públicas, ao campo da teoria política. Mas, uma vez que a necessidade e o bem estão longínquos, mais difíceis será mostrar como algo mais afastado, partilhado por

poucos, poderá influenciar a ação de muitos. Ainda assim, a suspeita do arbítrio não pode estar confiada à emoção, necessitando ser legitimado com base num princípio inteligível².

Aludimos aqui, a um exemplo extraído da *Crítica da Razão Prática* de Kant, na qual ele observa que para a razão poder legitimar a sua ação no mundo, precisa estabelecer o conceito de *dever*, como um princípio ausente de qualquer fundamento retirado da exterioridade, pois, para uma razão autônoma, que tenha uma vez reconhecido seus limites, esta pode então exercer-se, no campo prático, com base em princípios que não se fundam no do interesse empírico, mas se efetivam nesse campo. A razão pode fundamentar as suas ações toda vez que perguntar a si mesma: “Quero fazer desta minha máxima uma lei universal?” Se a resposta for positiva, então o seu móbil está em conformidade com a moral, caso contrário será por interesse.

Conforme assinalamos, Hans Jonas atento às mudanças dos paradigmas ocidentais utiliza deste imperativo kantiano para formular novos imperativos os quais condizem às exigências que a sociedade contemporânea enfrenta diante dos problemas atuais. Um dos novos imperativos, assim ordena: “Aja de modo a que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência da autêntica vida humana sobre a terra”. (cf.: Jonas 2006:47 ss.)

Ora, devemos destacar ainda, que este saber relativo à esfera dos fatos, se situa entre o saber ideal da doutrina ética dos princípios e o saber prático relacionado à utilização política, o qual tem sua operação com os diagnósticos hipotéticos, relativos ao que se deve esperar ao que se deve evitar ou incentivar. Formar-se-á, assim, uma ciência de previsão hipotética, uma “futuologia comparativa”. Essa ciência deverá contribuir para o saber dos princípios por via de uma “heurística do medo”, pois o modo heurístico permanece presente no elo intermediário entre união e concretização, descrito pelas situações futuras, não estando separado daquilo que se refere como princípios fundamentais. Conforme escreve Hans Jonas, não saberíamos a sacralidade da vida caso não houvesse assassinatos, nem o valor da verdade se não houvesse a mentira e nem o da liberdade na ausência desta, por isso ele considera que a “Busca de uma ética da responsabilidade em longo prazo, cuja presença ainda não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem, que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem” (Jonas 2006:70).

² Kant, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* pergunta: “Quero fazer desta minha máxima uma lei universal?” E responde que, se a resposta for positiva, então o seu móbil está em conformidade com a moral, caso contrário será uma ação praticada por interesse. Hans Jonas, atento às mudanças dos paradigmas da era tecnológica, se remete ao imperativo kantiano, para formular novos imperativos. (Cf. 2006, p.47 ss.)

Com isso, uma ameaça à imagem humana, para afirmar uma autêntica imagem desta, vem a se formar como um dos novos imperativos. Inclusive, enquanto o perigo for desconhecido não se saberá o que fazer para se proteger, nem por que devemos fazê-lo. Aqui se inverte toda a lógica dos métodos até então criados, “o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger” (Jonas 2006:71). Visto que o conhecimento do *malum* é mais fácil do que o do *bonum*, o mal nos impõe a sua simples presença, enquanto o bem pode ficar discretamente ali e continuar desconhecido, sem qualquer reflexão. Como escreve Jonas, o mal por nós não é duvidado quando com ele nos deparamos, contudo o bem só nos aparece como certeza, quando cada vez mais nos desviamos dele; primeiro sabemos muito antes o que nós *não* queremos ao contrário daquilo que queremos. Ninguém fez elogio da saúde sem antes ter passado ou visto a manifestação da doença, nem da paz sem conhecer a miséria da guerra, por isso, “Para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tem de consultar o nosso medo antes do nosso desejo” (Jonas 2006: 71).

Contudo, se o que mais tememos não é necessariamente o mais temível, e, se o seu contrário não é o bem supremo, a heurística do medo não sendo, portanto, a última palavra na procura do bem, é, no entanto, uma palavra muito útil, devendo ser usada em áreas em que poucas palavras nos são dada. Já que o “primeiro dever” da ética do futuro seria, visualizar os efeitos de longo prazo, porque se o temido não foi ainda experimentado e talvez não possua analogias na experiência, nem no passado nem no presente, então o *malum* imaginado deve assumir o papel do *malum* experimentado.

Se for assim, confirma apresenta Jonas, obter uma projeção desse futuro é um primeiro dever para a ética que buscamos. Todavia, o *malum* imaginado não possui o mesmo impacto daquele experimentado ou daquele que me ameaça pessoalmente, do mesmo modo que o temor diante do que deve ser temido não se instala automaticamente, essa representação tem que ser primeiramente obtida. Neste ponto, podemos correlacionar o fenômeno do temor, tal como concebido em Jonas e Heidegger, uma vez para Heidegger o temor é um modo constitutivo da disposição, e por ser assim, ele sempre abre o ente intramundano em sua possibilidade de ameaça, no tocante ao sentir-se ameaçado. Assim, além de se estender a outros, falamos de ter medo em lugar do outro, mas esse temer em lugar de... Não retira do outro o temor. E sentimos o temor do outro quando na maior parte das vezes ele *não* teme e de maneira audaciosa enfrenta a ameaça.

Tal temer em lugar de... É um modo de disposição junto com os outros, contudo como afirma Heidegger, “Não se trata aqui de graus de ‘sentimento’ e sim de modos existenciais. Com isso, porém, o temer em lugar de, não perde sua autenticidade específica quando

‘propriamente’ não se teme” (Heidegger 2005: 197). Mas é uma tarefa difícil, pois o destino imaginado dos homens futuros, e do mesmo modo do planeta, que não possuirão mais nenhuma ligação direta conosco ou com os laços mais próximos, não afetam o nosso ânimo presente, por isso temos de “permitir” essa influência. Com isso, “A adoção dessa atitude, ou seja, a disposição para se deixar afetar pela salvação ou pela desgraça (ainda que só imaginada) das gerações vindouras é o segundo dever ‘introdutório’ da ética almejada” (Jonas 2006: 72).

III

Por sua vez, em *Ser e tempo*, Heidegger dirá na investigação preliminar do modo de *ser-em* do *Dasein*, que este é um ente que compreende o seu ser e com ele se relaciona e comporta. Tal configuração, indica o conceito formal de existência e a constituição do ser do *Dasein* em seu modo mais próprio com o mundo. Assim, se constrói uma relação de *unidade*, em sua base ontológica, denominada pela expressão *ser-no-mundo*.

Com a interpretação se movendo nesta constituição unitária, torna-se impossível dissolver *Dasein* e mundo em elementos, para depois reagrupá-los. Uma vez que o *ser-em* como tal, deve ressaltar a ontologia do próprio mundo, vemos então que *ser-em* um mundo não indica estar dentro... Como a água no copo ou a cadeira na sala. Com isso, Heidegger indica esses seres simplesmente dados, ou objetos, caracterizados por uma relação de lugar, com caracteres ontológicos denominados de *categorias*.

Enquanto que o *ser-em* do *Dasein* corresponde a um existencial, uma constituição ontológica, por isso não se pode pensar o *Dasein* como algo simplesmente dado a exemplo de uma coisa corporal “dentro” de um mundo também dado como objeto. Pois, mundo, compreendido ontologicamente possui uma derivação de moradia, de habitação, de um deter-se que possui um significado de colo, no sentido de habito. Desse modo, o ente, que é *ser-no-mundo*, é o ente qual eu *mesmo sou*. Tanto que, como diz Heidegger, ao exprimir *eu sou* se faz uma correspondência com: eu moro, me detenho junto... Ao mundo, como aquilo que é algo familiar para mim. Assim, “O *ser-em* é, pois, a expressão formal e existencial do ser do ser-aí que possui a constituição essencial de *ser-no-mundo*” (Heidegger 2005:92).

Para Heidegger não há qualquer justaposição de um ente chamado “*Dasein*”, o homem, a outro chamado de mundo. A constituição *ser-junto* proveniente do *ser-em*, corresponde a um existencial e não indica um dar-se em conjunto de coisas que ocorrem. Como ao exprimirmos: a mesa está junto à porta, a cadeira ‘toca’ a parede. Porém, estes entes na condição de coisas nunca poderão se “tocar”, nunca podem “ser e estar junto aos”

outros, pelo fato de serem destituídos de mundo. Enquanto que o homem compreende o seu ser mais próprio como existência de fato, a propósito Heidegger exemplifica a multiplicidade dos modos de ser-em: ter o que fazer alguma coisa, produzir, tratar e cuidar, impor, pesquisar, determinar. Ou seja, são modos do ser-em no modo de ser da Ocupação. Termo que tem de início, um significado pré-científico designando e indica a realização de alguma coisa, um cumprir tarefas. Também usamos essa expressão numa outra família, “pre-ocupar-se” indicando neste caso um temer por alguma coisa que vem ao encontro.

Quanto ao temor, Heidegger estabelece como fenômeno da disposição. Disposição que se desvela no estado de humor e constitui o fundamento existencial, antes de qualquer psicologia dos humores. No estado de humor, o *Dasein* já sempre se abriu em sintonia com o ente que tem a responsabilidade de ser, porém esta abertura não significa clareza de si, pois sendo na cotidianidade, o ser do ser-aí se manifesta como “o que é e tem de ser”. Mas, nas diversas situações *ôntico*-existenciais, o homem (*Dasein*) se afasta do ser que abre o humor e enquanto *ontológico*-existencial isso significa: “Naquilo de que o humor faz pouco caso, o ser-aí se descobre entregue a responsabilidade do ‘aí’. É no próprio esquivar-se que o ‘aí’ se abre em seu ser” (Heidegger 2005:189).

Esse “fato de ser”, como explica Heidegger, tem o caráter ontológico do *Dasein* encoberto em sua proveniência e destino, pois à medida que é mais aberto em si mesmo se torna cada vez mais encoberto. Com isso, denomina-se *estar - lançado* em seu mundo, no sentido de que enquanto ser-no-mundo esse ente é o seu mundo, uma vez que a expressão estar - lançado indica a *facticidade de ser entregue à responsabilidade*. Na perspectiva ontológica, inutilidade, resistência, ameaça, são apenas possíveis porque o ser-em tem sua existência determinada previamente de modo a ser tocado pelo que vem ao encontro dentro do mundo. Isso porque, “Esse ser tocado funda-se na disposição, descobrindo o mundo como tal, no sentido, por exemplo, de ameaça” (Heidegger 2005: 192). Tendo em vista que é na disposição do temor que se descobre o que está à mão no mundo circundante como algo ameaçador.

Assim, ao analisar o temor como disposição três perspectivas são consideradas: *o que se teme*, *o temer* e *o pelo que se teme*. Esta consiste, pois, na estrutura da disposição. *O que se teme*, o “temível”, como indica Heidegger, é sempre um ente que vem ao encontro dentro do mundo e que possui o modo de ser do manual, do ser simplesmente dado ou ainda da co-presença. Porém, o que se trata aqui não é de relatar *ônticamente* o ente que pode apontar como “temível”, e sim determinar fenomenalmente o temível em sua temeridade. Pois, é quando se aproxima que o danoso é percebido e nesse aproximar-se pela proximidade se

situa a maior ameaça do temível, pois cresce o fato de “poder, mas nem sempre chegar”, com isso, expressamos; é terrível.

O *próprio temer* permite a ameaça que se deixa e faz tocar a si mesmo, não se tratando primeiro de um mal futuro (*malum futuro*) para advir o temer, nem o que se aproxima em sua temeridade, porque já o descobriu previamente. Dentro da circunvisão o homem (*Dasein*) vê o temível por já estar na disposição do temor, porque é temendo que o temor se esclarece, para si, o temível. Assim como possibilidade adormecida do ser-no-mundo disposto, o temer é “temerosidade” e, com isso, permanece em aberto ao mundo para o temível dele se aproximar, isto, porque, pela espacialidade essencialmente existencial do ser-no-mundo a possibilidade de aproximação é liberada.

Assim, o próprio *Dasein* é aquilo *pelo que* o temor teme, visto que, ele é o ente que, sendo, coloca em jogo o seu próprio ser. O temer abre esse ente no conjunto de possibilidades de seus perigos no abandono a si mesmo. Ora, se tememos pela casa ou propriedade, isso não contradiz a determinação daquilo que se teme, pois como ser-no-mundo é um ser em ocupações junto a; o homem (*Dasein*) é a partir do que se ocupa. Por isso, “O temor vela, ao mesmo tempo, o estar e ser-em perigo na medida em que deixa ver o perigo a ponto do *Dasein* precisar se recompor depois que ele passa” (Heidegger 2005:196).

No entanto, Heidegger adverte que a utilização da expressão “ocupar-se” para indicar um modo possível de ser-no-mundo, não indica que o *Dasein* seja prático ou econômico, mas que este pode se tornar visível como Cuidado (*Sorge*). Expressão que não tem a ver somente, com as “penas”, “tristezas” ou “preocupações” da vida. Mas sim, quando compreendida ontologicamente o homem (*Dasein*) é Cuidado. E como pertence à estrutura ontológica do homem, o seu ser para o mundo, então ele é essencialmente, ocupação com a visibilidade do Cuidado. Expresso desta maneira, o ser-no-mundo não é uma propriedade que o *Dasein* apresenta às vezes e outras não. O homem não tem relação com o mundo como se este fosse algo que lhe viesse a ser acrescentado, pois essas relações com o mundo só podem ser assumidas *porque* o *Dasein*, sendo-no-mundo, é como é; mundano.

Considerações Finais

À guisa de conclusão, podemos dizer que a natureza como responsabilidade humana é o ponto central em torno do qual uma nova ética deve ser pensada. Considerando-se que a diferença entre o artificial e o natural foi suprimida pela expansão da “cidade dos homens”, e que essas obras do homem agindo sobre o mundo e por meio dele, criaram um novo tipo de

“natureza”, revela-se aí uma necessidade dinâmica própria da liberdade humana de se defrontar com a natureza num sentido totalmente novo. De acordo com Jonas, “Questões que nunca foram antes objetos de legislação ingressam no circuito das leis que a ‘cidade’ global tem de formular, para que possa existir um mundo para as próximas gerações de homens” (Jonas 2006: 44).

Isto porque, com o avanço da ciência exige de fato um grau maior de preocupação, visto que um prognóstico de curto prazo, presente nas obras da civilização técnica, não basta para o prognóstico em longo prazo almejado na extrapolação requerida pela ética. Assim a extrapolação exige um grau de ciência maior do que o existente no *extrapolandum* tecnológico. Porque o *optimum* da ciência existente tem o saber como um ainda não disponível no momento e jamais disponível como conhecimento tendo, apenas, seu fundamento no saber retrospectivo.

Se antes a presença do homem no mundo era um dado primário e indiscutível, com base no qual toda idéia de dever fundava-se na conduta humana, agora a própria existência se tornou um objeto de dever, uma premissa básica de que ao menos haja a presença de candidatos a um universo moral do mundo físico. Do mesmo modo o novo imperativo, apresentado por Hans Jonas, clama por outra coerência: a dos efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro. Não ficando essa universalização como algo hipotético, mas sim, como princípio regulativo das ações do coletivo, para que estas assumam como característica primária, a universalidade na medida real de sua eficácia, estendendo-se na direção de um futuro concreto, na dimensão inacabada de nossa responsabilidade ética para com as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC - Rio, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ANÁLISE INTRODUTÓRIA À SOCIOLOGIA JURÍDICA DE MAX WEBER

Lucas Cavalcante de Lima^{*}
Antônio Campos Júnior^{**}

RESUMO: A Sociologia Jurídica de Max Weber desempenha papel imprescindível no estudo do fenômeno sócio-jurídico. Weber desenvolve um conceito sociológico de Direito para representá-lo em sua completude como evolução histórica da arte jurídica. Para além, sua análise dos vários sistemas jurídicos identificou o homem, na relação societária, como construtor dessa arte. Na ação humana haverá sempre um sentido interposto capaz de permitir uma compreensão mais aproximada entre fato e ato, entre ação (*práxis*) e pensamento (*theoría*). Veremos que na relação jurídica, sob a ótica weberiana, a construção de sentido não se dá entre norma e norma, mas entre norma e sujeito, pois aquela passa a ser vista como resumo do agir e vontade humanos. O Direito é entendido como ação social e como tal para entender aquele é necessário identificar os tipos dessa ação e como se dá o estabelecimento do sentido nessas categorias do agir humano. Para compreender o Direito é mister antes entender o Homem e a Sociedade. A Sociologia de Weber nos permitirá a compreensão do todo através das partes, e estas em sua relação com o todo.

Palavras-chave: Direito. Sociologia Jurídica. Weber.

Abstract: The Max Weber's Legal Sociology plays vital role in the study of socio-legal phenomenon. Weber develops a sociological concept of law to represent it in its completeness and historical development of art law. In addition, his analysis of various legal systems identified the man, in the society relation, as the manufacturer of this art. In human's actions, there will always be a superimposed sense allows a closer understanding between fact and act, between action (*praxis*) and thought (*Theoria*). We will see that the legal relationship on the Weberian perspective, the construction of meaning is not between rule and rule, but between the rule and the subject, because that will be seen as an abstract of the human act and will. The law is understood as social action and thus to understand that it is necessary to identify the types of action and how the establishment of order in these categories of human action happens. To understand the law is necessary to understand man and society before. The Weber's Sociology will enable us to understand the whole through the parts, and these ones in their relation to the whole.

Keywords: Right. Legal Sociology. Weber.

Introdução

O jurista de formação, Maximillian Carl Emil Weber (Erfurt, 1864-Munique, 1920), é mais conhecido no meio acadêmico e científico, atualmente, como um grande sociólogo alemão. O foi certamente, mas suas análises apontam para um saber enciclopédico sobre

economia, política, religião, direito, sociologia, arte e outros campos científicos. Sua produção e atuação estão para além dos bancos da Academia e dos territórios alemães. Sua influência expande-se para várias regiões do mundo e do pensamento humano. Neste pequeno texto objetivamos refletir sobre a Sociologia do Direito de Weber, um campo ainda pouco explorado pelos estudantes, tanto do Direito quanto da Sociologia. Até mesmo seus comentaristas nacionais reservam poucas páginas de seus escritos para estudar esse assunto, detendo-se em outras temáticas. Também o requinte formal e os termos técnicos de seus textos dão muito trabalho a seus leitores, além de suas reflexões sobre o tema estarem entremeada nos vários discursos, ressaltando-se maior concentração em “Economia e Sociedade”, uma obra, entretanto, inacabada. Já no espírito do pensamento weberiano, introduzimos este trabalho com a certeza de que as definições e postulações científico-filosóficas são sempre visões de mundo, pontos de vista; não podem pretender assumir uma validade universal e definitiva.

1. Objeto e Objetivo da Sociologia Jurídica

Há duas formas de se conceituar o Direito. Sobre este ponto nos diz Weber: “Quando se fala de ‘direito’, ‘ordem jurídica’ e ‘norma jurídica’, deve-se observar muito rigorosamente a diferença entre os pontos de vista jurídicos e sociológicos” (WEBER: 1999, p. 209).

A discussão filosófica entre o mundo do *sollen* (dever-ser) e o mundo do *sein* (ser) é por demais complexa e polêmica. Weber afirma que ambos estão em planos diferentes e, logicamente, a afirmação de um não significa a negação do outro. O dever-ser do Direito é aquilo que idealmente se espera do estatuto jurídico; é o que deve ser. Já o *sein* é o que é. Não se trata de uma criação ou de um arranjo utópico, mas do verificável empiricamente ou, nas palavras do próprio autor, “o que de fato ocorre”.

Quanto ao primeiro [ponto de vista jurídico], cabe perguntar o que idealmente entende-se por direito. Isto é, que significado, ou seja, que sentido normativo deveria corresponder de modo logicamente correto, a um complexo verbal que se apresenta como norma jurídica. Quanto ao último [ponto de vista sociológico], ao contrário, cabe perguntar o que de fato ocorre, dado que existe a probabilidade de as pessoas participantes nas ações da comunidade – especialmente aquelas em cujas mãos está uma porção socialmente relevante de influência efetiva sobre essas ações –, considerarem subjetivamente determinadas ordens como válidas e assim as tratarem, orientando, portanto, por elas suas condutas (*Ibidem*).

Weber dirá que, sob o ponto de vista sociológico, o conceito de “ordem jurídica” significa “um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais” (*Ibidem*, p. 210). E quanto ao Direito, dirá tratar-se de uma ordem “garantida externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação” (1991, p. 21) ³. Essa ordem existe independentemente das vontades pessoais, bastando a configuração de um agrupamento social. Weber analisou os sistemas jurídicos romano, germânico, índico, chinês, inglês, alemão, islâmico, persa, judaico, canônico, feudal e identificou, com maestria, o processo histórico, fases e fatores do “caminhar” da “coisa” jurídica, da irracionalidade à racionalidade. O “Direito” existiu desde a existência de indivíduos, condicionados e condicionantes, coordenadores de suas ações pelo sentido do outro (um agente ou um complexo de seres sociais, identificados ou não) revelado no comportamento alheio – seja este passado, presente ou esperado como futuro.

Então a origem do fenômeno jurídico não pode ser precisado, exatamente porque também não é preciso quando, como e onde primeiro os homens se organizaram (no sentido mais lato do termo) para viverem e conviverem. Onde há um círculo de pessoas orientando suas ações pela expectativa do comportamento do outro, há também, decerto, o “Direito”. “Todo agrupamento humano qualquer que seja ele, exige para subsistir que seus membros se submetam a regras comuns, capazes de compelir se assim for preciso” (FREUND: 1987, p. 186). Como se pode constatar, o Direito não é produto do Estado moderno, como acreditam alguns positivistas mais extremados, que o definem como direito estatal, estatuído. O Estado dispõe de uma instituição judiciária para aplicar o poder coativo em caso de desobediência à ordem jurídica. As sociedades primitivas⁴ não dispunham de idêntico recurso, mas possuíam outras formas de garantir o poder coativo.

Este [o quadro coativo], naturalmente, de modo algum precisa ser semelhante ao que hoje em dia é habitual. Em particular, não é necessária a existência de uma instância ‘judiciária’. O próprio clã (em casos de vingança de sangue ou de lutas internas) pode representar esse quadro coativo quando de fato estão em vigor, para a forma de uma reação, ordens de qualquer espécie (Weber, 1991, p. 21).

A ênfase não está nos meios coativos do Direito, mas em sua finalidade: garantir a ordem vigente. Se os agentes sociais moldam seu comportamento por causa da coação ou se

³ No capítulo VII de “Economia e Sociedade” Weber não dá um conceito preciso do Direito. Ele analisa as várias definições e destaca apenas os elementos comuns, além das quatro distinções básicas da Sociologia Jurídica, que posteriormente teremos oportunidade de estudá-las.

⁴ Utilizamos o termo “primitivo” só para nos mantermos fiéis à terminologia weberiana, mas ressaltamos o cuidado que se deve tomar na sua interpretação para não o empregar com um sentido preconceituoso, com equivocadamente pode-se entender.

devido à legitimidade da ordem, é uma questão que merece maiores esclarecimentos. No item “Direito e ação social” melhor esclareceremos este ponto, que consideramos crucial para esta discussão introdutória.

2. Conceitos básicos da sociologia jurídica

Não empregamos o termo “Direito” como sinônimo de norma, nem o reduzimos a estatutos escritos e “positivizados” pelo Estado moderno. Sob a ótica sociológica, o conceito expande-se para abarcar as possíveis relações de ordens desenvolvidas pelos homens do passado e do presente. Com a metodologia weberiana (compreender o, empiricamente, verificável), todos os comportamentos orientados pela alteridade significativa, ganham valor de estudo e teor científico. “Weber desenvolve uma Sociologia ‘compreendente’, pois procura colher o significado do agir multiforme do homem (TREVES: 2004, p. 154)”.

O campo de pesquisa e atuação é a própria sociedade, com a qual o pesquisador interage para melhor entendê-la, e “afasta-se” para melhor “cientificá-la”. Tanto no trabalho de campo quanto na sistematização dos dados e idéias, o cientista, sob pena de fracasso, deve manter um afastamento possível no que tange aos valores da comunidade (ou dos indivíduos) sobre a qual estuda. A neutralidade axiológica que Weber propõe é importante porque evita de o pesquisador entregar-se ao trabalho, unicamente, por motivações pessoais e programado a ver e interpretar os fatos sob a ótica de sua cultura ou de seu complexo de valores (íntimos ou do conjunto comunitário onde vive ou viveu). Se formos pesquisar o Direito inglês com a convicção de que só e somente há segurança jurídica pela codificação das normas, escritas e publicadas, concluiremos que na Inglaterra não há um instituto jurídico capaz de garantir a justeza processual dos casos averbados. Isso porque aquele país não tem uma constituição escrita, sendo esta apenas um conjunto de princípios gerais do Direito (que são influenciados pelo processo histórico) e de normas consuetudinárias. Se tivermos o “pré-conceito” de que somente quando o Estado é laico pode-se falar em estado jurídico, então em nossa pesquisa logo concluiríamos que o Irã é um Estado “antijurídico” ou “injurídico”, por ser um Estado político-religioso que usa seu livro sagrado (Alcorão) como uma constituição. Ou ainda, se formos às tribos indígenas com a idéia fixa de que só há Direito quando o agrupamento dispõe de estatutos escritos, seríamos tendenciosos a considerar que a comunidade aborígene não possui um Direito verdadeiro ou desenvolvido, por firmar-se nos usos e costumes. Não podemos negar que em todas as postulações o que determinou a visão sobre os fatos foi os valores (no caso, jurídicos) do Estado moderno ocidental. A neutralidade

axiológica possibilita ao trabalho científico uma objetividade possível, ou seja, não tem como o cientista social ser totalmente imparcial.

Todas essas explicações são importantes para que o leitor perceba a dimensão do estudo sociológico do Direito que, para Weber, prescinde de algumas distinções quanto às áreas jurídicas objetivas. São derivações conceituais do Direito que auxiliam na compreensão deste. Ele começa a análise no capítulo VII de “Economia e Sociedade” apresentando as várias possibilidades de se entender os limites do Direito público e do Direito privado. Há quem considere o primeiro, os institutos jurídicos que regulam as ações do Estado, enquanto o Direito privado seria composto de normas reguladoras de atividades imunes à regulação estatal. Mas essa diferença conceitual não é suficiente para afastar as dúvidas sobre o assunto, pois não podemos negar que as ações de raio privado carecem da garantia institucional do Estado. Uma relação particular, por mais que seja entre indivíduos dotados de poder negocial, precisa da autoridade pública para ser efetiva e válida. Então, propõe-se outro critério analítico: a administração. Ou seja, o setor público está configurado pelas normas diretivas ao Governo. Essas diretrizes administrativas dirão ao Estado sua competência, organização, estruturação material e até seus limites de atuação. Entretanto, Weber explica que existe a administração privada (a exemplo das empresas econômicas) e a pública (1999, p. 3). Logo, as normas destinadas à organização administrativa servem, também, às pretensões públicas e privadas. Ainda vale notar que “a administração estatal tinha antigamente caráter privado, uma vez que se achava nas mãos de servidores ligados à pessoa do soberano” (FREUND, 1987, p. 182). Um terceiro critério ainda pode ser apresentado. Considerar-se-á Direito privado as relações judicialmente equitativas quanto aos indivíduos de poder. Para essa categoria, não existem privilégios de garantias legais para um em detrimento do outro. Todos os indivíduos que participam da relação gozam dos mesmos direitos e podem, igualmente, dispô-los em seu benefício. No ramo público, diferentemente, configurar-se-ia uma situação hierárquica entre um que está em posição superior (por atribuições políticas ou religiosas) e outro, subordinado. Essa situação implica uma relação entre o mando e a obediência, entre o domínio e a subordinação. “Pode-se objetar que existem esferas que escapam a essa relação hierárquica e, no entanto, pertencem ao direito público, ou ainda, que certos regulamentos públicos criam direitos subjetivos” (*Ibidem*). Essas distinções são sempre possibilidades, que ganham forma quando se toma por referência um único critério considerado como, metodologicamente, adequado, apesar dos possíveis equívocos.

O embate teórico sobre o Direito positivo e o Direito natural é bem anterior a Weber, mas foi à sua época que o pensamento social e filosófico alemão esteve dominado pelo positivismo. As sociologias positivistas do século XIX renegaram qualquer valor científico às crenças naturalistas, alegando que somente o estudo de um direito positivo poderá ser cientificamente comprovável e empiricamente verificável. Alguns positivistas extremados negaram até mesmo a existência desse suposto Direito natural, garantindo que ao idealmente pensado pelos naturalistas já se encontrava estatuído positivamente (escrito, sistematizado e garantido pelo sistema estatal) e caso não estivesse, nenhuma influência imprimiria sobre o comportamento social, haja vista a inexistência de sua garantia legal. Hans Kelsen (um positivista), entretanto, não nega a importância do Direito natural, mas diz que para o estudo da Teoria Pura do Direito, ele é dispensável. O que conta são as normas estatuídas pelo Estado, garantidas pela probabilidade de coação para forçar a conduta correta e punir a discordante.

A Sociologia Compreensiva não compartilha da discussão sobre a validade de uma ou outra ordem, a caráter de uma dogmática jurídica. O que lhe interessa mesmo é compreender até que ponto uma crença na legitimidade de uma ordem qualquer pode determinar (orientar) ou influenciar o comportamento. Assim, Weber não deixou a análise do Direito natural de fora do estudo sociológico.

O sociólogo alemão conhecia muito bem os sistemas jurídicos das sociedades antigas e pôde constatar a prevalência entre aqueles povos a crença no Direito natural que, a despeito de ter sido revelado pela profecia jurídica ou pelas tradições e estatutos de comunidades consensuais, era, por isso, como “nacional” (obrigatório a todos) e “magicamente” garantido. “O direito remoto tem em si um caráter mágico” (*Ibidem*, p. 72). As relações antigas orientadas por essa crença contribuíram para o processo de racionalização do Direito moderno e como esse movimento é peculiar, em suas proporções, à sociedade ocidental, Weber considera que “somente o Ocidente conheceu a justiça plenamente desenvolvida da assembleia forense, somente o Ocidente conheceu, por isso, o ‘direito natural’” (*Ibidem*, p. 144). Portanto, a compreensão sobre o mesmo é imprescindível para a Sociologia Jurídica.

Ainda devemos detalhar a distinção entre Direito objetivo e Direito subjetivo. José Manuel de Sacadura Rocha (2005, p. 89-91), concluiu a preeminência do Direito subjetivo para Weber como uma exclusiva paixão a essa categoria jurídica. Quem ler apenas o texto do Sacadura Rocha é induzido a compreender que somente o Direito subjetivo é matéria da Sociologia Jurídica. O autor chega, inclusive, a afirmar que o sociólogo alemão utilizou-se

desse direito para apregoar valores (o que macula a neutralidade axiológica) e defender uma “sociologia da libertação”. “O Direito subjetivo de Max Weber é um ícone à liberdade e à igualdade, à democratização do sistema jurídico” (*Ibidem*, p. 91). O que podemos constatar no pensamento weberiano não é uma exclusiva dedicação e paixão a esses direitos subjetivos, mas um reconhecimento de que eles prestaram grande utilidade ao processo de racionalização do Direito ocidental. “Os direitos subjetivos constituem aspecto fundamental desta civilização [Ocidental], por terem desempenhado papel determinante nas transações privadas que contribuíram para a formação do capitalismo moderno” (FREUND, 1987, p. 183).

Mas, afinal, qual o entendimento de Weber sobre o Direito subjetivo? Ele considera essa categoria jurídica a faculdade de um poder probabilístico individual, atribuído e garantido pelo aparato institucional (aparelho de coação), que autoriza, impõe, proíbe ou permite aos outros uma conduta determinada. “Todo Direito subjetivo é uma fonte de poder [...] Todo ‘direito’ aparece como ‘privilégio’ de pessoas ou coisas individuais ou de complexos individuais dessas” (WEBER, 1999, p. 14, 39). Os dispositivos objetivos garantem as prerrogativas subjetivas, dando aos sujeitos titulares a segurança do cumprimento das normas compromissórias. Duas espécies desse direito são destaques no processo de modernização ocidental e desenvolvimento das relações comerciais: a liberdade física e moral e a liberdade negocial dos indivíduos. Por um lado, o agente social podia lutar pelas garantias à livre consciência e ação política; por outro, gozava de autonomia para decidir suas relações recíprocas com respeito, é claro, à liberdade contratual⁵ legalmente determinada. Nessas circunstâncias, o processo histórico ganha um impulso a partir da ação dos agentes sociais, imbuídos de uma crença na mudança. Diante de novas situações práticas, mudamos ou redirecionamos nossa ação para defender nossos interesses (ou os interesses coletivos nos quais os nossos estão representados). Quanto ao Direito vigente de uma comunidade, ele também pode ser alterado pela ação individual ou global da sociedade. Weber deixa transparecer sua concepção de um “direito” que “evolui”. Ele desenvolve-se à medida que as relações sociais, mercantis e religiosas vão se desenvolvendo (*Ibidem*, p. 18).

O Direito objetivo, por sua vez, representa o conjunto dos estatutos jurídicos consagrados pela ordem jurídica geral, com aplicação indistinta a todos os membros de um agrupamento qualquer. Ele pode ser fruto da revelação de um líder (profecia jurídica) ou dos ordenamentos consensuais comunitários. Uma vez instituído como ordem vigente, esse direito ganha efetiva garantia contra os comportamentos discordantes e ampla orientação ao

⁵ “O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas” (WEBER: 1999, p. 65).

conjunto social. Mas essa distinção não exclui a influência de um sobre o outro. Não é assim tão fácil estabelecer os limites entre o Direito subjetivo e o objetivo. Aquele precisa deste para ser efetivo (garantido) e o objetivo recebe daquele o substrato para sua flexibilidade e desenvolvimento.

Uma quarta distinção importante à Sociologia Jurídica diz respeito à diferença entre o Direito formal e o Direito material. Aquele engloba os dispositivos jurídicos revelados pura e logicamente do sistema de Direito vigente em certo espaço e tempo. Ele já está programado para ser uma decisão “imparcial”, sendo possível um silogismo racional na interpretação e aplicação da justiça aos casos comuns. A norma determina para um caso averbado uma solução definida conforme a lógica jurídica do sistema. Então, basta ao operador do Direito aplicar a norma pura e simplesmente de acordo com os pressupostos legais estatuídos. Já no Direito material, elementos extrajurídicos entram na aplicação da norma. Esta não é considerada uma fórmula invariável e insensível, mas um delineamento principiológico. O juiz não poderá abstrair a direção normativa, mas também não se deixará invalidar por ela. Deve haver uma dialética entre as normas jurídicas e os valores políticos, éticos, econômicos ou religiosos (FREUND, 1987, p. 184). É compreensível que os normativistas atribuam efetividade apenas ao previsto na norma, mas à Sociologia Compreensiva interessa os múltiplos motivos determinantes da ação humana. E, decerto, muitos indivíduos orientam suas condutas de acordo com o Direito material, conferindo-lhe, desta forma, indubitável efetividade. Os responsáveis por aplicar o Direito também podem orientar seus julgamentos conforme os princípios gerais da sociedade. João Baptista Herkenhoff, um juiz aposentado e livre docente da Universidade Federal do Espírito Santo, em seu livro “Para gostar do Direito” (2005, p. 100), deixando-se alcançar por esse pensamento, escreveu: “o bom intérprete busca encontrar caminhos para harmonizar a roupagem da lei com o bem comum e as exigências de justiça que vem ser seu escudo. Jamais chegará à conclusão de que a lei obriga a ser injusto.”⁶ Herkenhoff está a considerar a justiça material como proeminente em caso de conflito entre a lei e o Direito, ou seja, entre a norma pura e o caso circunstanciado. É uma forma de entender o justo, entre outras possíveis. Para uns, por exemplo, justo é o estabelecido na norma. Quem quer fazer justiça, deve seguir a lógica jurídica e aplicar a norma sem interferências de outra natureza. Para outros, entretanto, a justiça carece levar em

⁶ Para aprofundar o conhecimento sobre essa idéia de relacionar a norma com os princípios gerais da justiça social, indicamos aqui algumas leituras: HERKENHOFF, João Baptista. *Escritos de um jurista marginal*. (Livreria do Advogado Editora); _____. *Escritos marginais de um jurista*. (Livreria do Advogado Editora); _____. *Movimentos sociais e Direito*. (Livreria do Advogado Editora); _____. *Como aplicar o Direito*. (Forense); FILHO, Roberto Lyra. *Para um Direito sem dogmas*. (Edição de Sergio Antônio Fabris); JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda. *Ensino jurídico e sociedade*. (Editora Acadêmica); PRESSBURGER, Miguel. *O Direito, a Justiça e a lei*. (Edição AJUP); BICUDO, Hélio. *O Direito e a Justiça no Brasil*. (Editora Símbolo); LOPES, José Reinaldo do de Lima. *Direito, Justiça e Utopia*. (Edição do AJUP).

conta, para a solução da lide, por exemplo, as intenções dos indivíduos e as condições gerais da situação conflituosa. Malgrado o antagonismo entre a legalidade e a equidade, julgamos as duas perspectivas salutares para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. É bem verdade que o apego a uma delas com a negação absoluta à outra, compromete o fim do Direito: a garantia da ordem para o bem-estar de todos. Porque assim reinaria ou a rigidez da norma ou a insegurança jurídica. Julgamos o uso comedido de ambas de vital importância para a concretização do Direito.

Decorrente da exposição de Weber sobre os Direitos formal e material, seus comentaristas identificaram quatro tipos ideais do Direito para a Sociologia Jurídica. Deve-se ficar claro que essas definições são construções conceituais, úteis à Ciência, mas que na realidade não encontraremos em seu estado puro. Weber considera como “tipo ideal” o recurso analítico estabelecido racionalmente conforme uma realidade hipotética, servindo como um guia no estudo da variedade de fenômenos, ou ainda, da variedade conceitual de um mesmo fenômeno da realidade.

O autor ainda reconhece a possibilidade de os conceitos não condizerem totalmente com a realidade, quando se evidencia uma distância entre a construção hipotética e a realidade concreta. “É que metodologicamente se está muitas vezes perante a escolha entre termos imprecisos ou precisos. Mas, quando precisos, serão irreais e ‘típico-ideais’. Neste caso, porém, os últimos são cientificamente preferíveis” (WEBER, 1991, p. 13).

Assim, as variações conceituais do Direito são científica e metodologicamente úteis. Então, começaremos por identificar o Direito irracional e material como o conjunto disperso dos princípios íntimos de um indivíduo ou o complexo dos princípios comunitários. A aplicação dessa categoria dispensa formalismo e prescrições. Guia-se, em seu curso, pelos sentimentos pessoais, tidos como referência do justo. Sob essa bandeira, um líder carismático ganha a confiança dos súditos, assim como um déspota pode utilizá-la para garantir seus interesses. De uma forma ou de outra, a conduta social é orientada sob influência dessa força “mágica”, justificando, assim, seu estudo sociológico. Identificamos também o Direito irracional e formal, enquanto o ordenamento social prescrito conforme uma força sobrenatural. Ou seja, o trato com o caso apresentado às autoridades segue formalismos e, por isso, pode receber o reconhecimento dos destinatários haja vista o tratamento se firmar em fórmulas abrangentes a todos. O juiz e o legislador não aplicam normas elaboradas racionalmente conforme decisões consensuais publicamente discutidas e apresentadas, mas são servos da profecia jurídica cuja revelação legitima o Direito. Uns bons exemplos dessa realidade encontraram na Mesopâmia Antiga, no Império Babilônico sob comando do grande rei

Hammurábi. Este líder foi uma espécie de “legislador-codificador” do famoso código que leva seu nome: “Código de Hammurábi” ⁷. Com esse recurso, a sociedade babilônica tinha um Direito formal e escrito. Em contrapartida, a maior parte das normas fundamentava-se na crença em um julgamento divino. Perpassa em todos os 282 artigos (leis) a fé de que o verdadeiro cidadão é aquele que obedece às leis e respeita as autoridades político-religiosas, representantes dos deuses, em especial, Marduk. Diante da falta de provas ou incapacidade jurisdicional de um juiz, recorria-se, frequentemente, aos ordálios (julgamento divino através das águas). Os rios, acreditava-se, viam tudo e a todos. Portanto, em caso de dúvidas, lançava-se o acusado, com uma pedra presa em seu corpo, nos rios. Se escapasse, era inocente; se morresse, era condenado e já recebia a sentença dos deuses. Conforme os registros históricos, ninguém foi “inocente”, ou seja, ninguém sobreviveu.

Diferente dessa “irracionalidade” jurídica, o Direito racional e material não se funda num julgamento mágico, sobrenatural. Antes, tem como base um ordenamento racionalmente elaborado, seja por um grupo religioso ou político. Tomemos como exemplo a sociedade hebraica, cuja legislação vigente compunha-se da Torá (normas abstratas e escritas) e do Talmude (conjunto dos princípios e costumes sociais). O “divino” no Direito era instrumentalizado pela ação humana, logo, seguia os preceitos racionais, seja na elaboração ou na aplicação nas normas. Esse é um exemplo de uma ordem racional religiosa. Uma ordem racional política também pode ser sustentada pelo Direito racional e material, a exemplo dos regimes totalitários, que se fundamentam em ideologias, e em nome delas legitimam ações arbitrárias sob o rótulo de uma autorização institucional (ainda que desumanas, como aconteceu no Nazismo de Hitler).

Um quarto tipo ideal do Direito é aquele cuja marca é a lógica jurídica das normas escritas e, formalmente, dispostas. O Direito racional e formal é constituído por normas abstratas estabelecidas com rigor formal. A tendência dessa categoria é codificar suas leis e sistematizar suas normas. A maioria das ordens jurídicas contemporâneas assemelha-se àquelas características. Entretanto, é de conhecimento do leitor que essas distinções não correspondem exatamente com a realidade. E vale ressaltar que os exemplos expostos não são exceções, ou seja, os sistemas jurídicos citados não excluem os fatores aproximados de “direitos” diferentes da classificação aqui definida. Mas é certo que a razão está em Weber: “[...] os últimos [típico-ideais] são cientificamente preferíveis”.

3. Processo de racionalização do direito

⁷ Utilizamos aqui o conceito de “código” empregado pela História do Direito (conjunto de leis reunidas sob critérios casuísticos), o que difere de seu conceito para a Ciência Jurídica.

A evolução do Direito que a Sociologia Compreensiva aborda, mostra que o homem faz de formas diferentes o que sempre fez, ressaltando-se sua finalidade como uma constante histórica, e não que hoje sejamos melhores ou mais inteligentes que nossos antepassados. Não cabe à Sociologia fazer juízo de valor ou julgar se esse processo é sinônimo de progresso do povo ou aperfeiçoamento da técnica jurídica. Incube-lhe, isso sim, compreender o movimento de racionalização e sistematização do Direito. É evidente que os estágios desse processo obedecem a convenções teóricas, como Weber deixa claro no excerto seguinte:

Dividida em estágios de desenvolvimento, a evolução geral do direito e da prática leva da revelação carismática do direito, por 'profetas do direito', a uma criação e uma descoberta empíricas do direito dos notáveis da toga (criação do direito pela jurisprudência de cautela e os antecedentes judiciais), daí à outorga do Direito pelo *imperium* leigo e os poderes teocráticos e, enfim, a uma elaboração sistemática e especializada do direito com base em uma jurisdição que se desenvolve graças a uma formação literária e formalmente lógica como obra de sábios (os juristas profissionais). As qualidades formais do direito evoluíram, assim, no quadro da prática primitiva, a partir de uma irracionalidade condicionada pela revelação, passando eventualmente pela curva de uma racionalidade por finalidade de ordem material e não-formal, condicionada por elementos teocráticos e patrimoniais, para chegar a uma racionalização e a uma sistematização lógica crescente graças à especialização jurídica e daí – se considerarmos as coisas de fora – para chegar a uma sublimação lógica e a um rigor dedutivo crescentes do direito, e enfim a uma técnica racional crescente da prática (*Apud* FREUND, 1987, p. 186-187).

No primeiro estágio, o Direito trazia em si uma essência divina. Homens escolhidos pela vontade divina anunciavam ao povo o Direito revelado pelos deuses. Esse Direito não enfrentou maiores desconfiças e dificuldades, porque numa sociedade religiosa a ordem sobrenatural era obedecida, seja pela recompensa (no além ou mesmo em vida terrena) ou pelo medo do castigo. Acreditamos que a entrega pessoal devido à crença na legitimidade da ordem era mais significativa que qualquer expectativa de ônus ou bônus. O certo é que o Direito primitivo, consoante Weber, tinha em geral caráter carismático e irracional, formalmente organizado. Poucos eram aqueles que ousavam desafiar a justiça divina, sob pena de excomunhão. Desobedecer às normas era desobedecer e afrontar os deuses. Desta forma, a ordem estava garantida. Então, neste ponto, não foram os súditos (população geral), que impulsionava o Direito a evoluir para um segundo estágio de desenvolvimento. Em especial, foi o formalismo dos estatutos jurídicos que permitiu aos anunciantes do Direito ganharem certa experiência e competência com o trato da coisa legal. Desta forma, foram-se

constituindo conceitos técnicos e gradativa racionalidade. Quando os anunciantes do Direito tornaram-se funcionários e/ou autoridades oficiais, o campo abriu-se para o surgimento dos profissionais do Direito, o que inaugurou a segunda fase do processo de racionalização.

Os funcionários e autoridades oficiais que lidavam com o Direito eram, frequentemente, consultados pela população e pelos líderes, contribuindo, assim, para a progressiva sistematização e racionalização nas normas. Foram essas personagens que vieram a ser chamadas por Weber por notáveis da toga. “O Direito continuava a ser alvo de uma revelação ou ainda de uma divinização, mas ao mesmo tempo tomava um caráter mais prático, o que só podia reforçar a racionalização” (FREUND, 1987, p. 188-189). Aos poucos, o Direito ia deixando de ser mera revelação, para tornar-se um conjunto de normas e operações criadas para determinados fins estabelecidos ou específicos meios. As exigências materiais surgidas dos intercâmbios econômicos, da prática contratual, dos problemas advindos da guerra e da necessidade de pacificação dos territórios, “empurraram” as qualidades do Direito então vigente, para uma forma mais racional e compromissada com a justiça material.

Inaugurava-se uma nova fase, onde o poder político ou teocrático conduziu o processo de evolução do Direito. O sistema jurídico fechado em sua lógica interna, não interessa àquele que pretendia ter o controle da ordem vigente. O príncipe político ou hierocrático passa a intervir na prática jurídica. Uma processualística formalmente definida não abria espaço a intervenções de caráter material. Por isso o *imperium* preferiu um Direito que atendia às condições materiais e práticas à um ordenamento fechado em fórmulas gerais. Então, nessa fase, a outorga do Direito pelo poder político ou religioso substituiu as etapas anteriores, da revelação carismática e da criação empírica do Direito. Somente assim, o líder poderia dispor do aparato judiciário para garantir que a vontade estatal prevalecesse. Se o príncipe (patrimonial ou hierocrata) precisasse de uma orientação jurídica, poderia recorrer a um profissional, até então os únicos conhecedores dos dispositivos legais e dos processos, apenas para uma consulta sem compromisso. Ou seja, a decisão ao caso concreto não era dada pelas formas do Direito da toga, mas conforme o Direito outorgado pelo poder estatal. O que pesava na solução da líder era bem mais que uma lógica jurídica. Elementos extrajurídicos (político, econômico, social, ético, etc.) ganharam valor jurídico (justiça material) e isso contribuiu, como destacou Julien Freund, para acelerar a racionalização do Direito. Ele escreveu: “o *imperium* político tendia para uma sistematização maior do Direito material, sob a pressão das necessidades da ordem e da unidade políticas que exigiam uma codificação [...]. Veio em seguida uma secularização do Direito, muito mais

acentuado no Ocidente do que em outras regiões do mundo em que a tradição mágica e as formas religiosas constituíram um obstáculo à eficiência.” (p.191).

O quarto estágio do processo que estamos analisando neste item caracteriza-se pela elaboração sistemática e especializada do Direito pelos juristas profissionais. Nessa etapa, o formalismo é retomado só que há, no mesmo passo, uma atenção às exigências materiais. Os movimentos revolucionários do século XVIII, crentes nos princípios universais e inalienáveis do Direito natural, são bem característicos dessa época. As pressões vindas dos subalternos⁸ forçavam os líderes estadistas no sentido de uma codificação das leis. Em toda parte, códigos civis eram elaborados. Freund conclui: “A característica essencial do novo movimento é renunciar ao mesmo tempo ao empirismo e à casuística, ao cuidado puramente didático e ao conselho moral, para aumentar a lógica e a racionalidade interna do direito sem excluir os elementos extrajurídicos” (p. 192).

4. Direito e ação social

O conceito de Direito e suas diversas acepções já foram detalhados em páginas anteriores. Resta-nos, agora, trabalhar o significado de ação social e entender as interconexões do fenômeno jurídico com o fenômeno social, num complexo sócio-jurídico determinante da conduta humana. “Ação social (incluindo omissão ou tolerância) orienta-se pelo comportamento de outros, seja este passado, presente ou esperado como futuro” (WEBER, 1991, p. 13-14).

Desde que concordemos em compreender o homem como gente e agente social, rejeitaremos qualquer “característica robótica” a ele atribuída. Ou seja, o ser humano não age nem reage de forma sempre igual, ainda que sob as mesmas condições. Por isso concordamos com Sacadura Rocha quando interpreta que Weber considera o comportamento social como probabilidade, assim como a ação referenciada em uma norma.

A Sociologia Jurídica de Max Weber compreende a norma como expressão social de condutas determinadas por sentidos nela imprimidos. Ela contém em sua essência as razões e motivos comunitários de certo agrupamento em determinada época (por mais que deseje estabilidade e “vida longa”). Quando o estatuto jurídico perde sua essência, ou seja, deixa de atender aos anseios sociais, torna-se vazia e caduca. Pode até continuar vigente, mas sem efetividade. Portanto, ainda que tomemos como elementos integrantes de uma relação o

⁸ Os subalternos representavam uma maioria esmagadora da população nacional. Na França, por exemplo, ao período pré-revolucionário de 1789, a população total era de 25 milhões de habitantes. Destes, 24 milhões e 600 mil pessoas eram de classe baixa.

indivíduo e a norma, esta trará em si o sentido de um “outro” (sujeito), logo, a comunicação dá-se entre indivíduo-indivíduo. Caso contrário, não poderíamos falar em relação social, mas apenas em relação jurídica.

Como foi dito anteriormente, a Sociologia Compreensiva carece, para alcançar univocidade e compreensibilidade, de tipos ideais. Para o estudo da ação social, o pensador alemão criou quatro categorias. São as seguintes: 1ª) Ação social de modo racional referente a fins; 2ª) Ação social de modo racional referente a valores; 3ª) Ação social de modo afetivo; 4ª) Ação social de modo tradicional. No primeiro tipo, a motivação da conduta dá-se pelas expectativas quanto ao comportamento de outras pessoas ou objetos da esfera externa ao indivíduo. As expectativas constituem-se em “condições” ou “meios” para se alcançar um fim, racionalmente planejado. Na segunda categoria, os resultados *a priori* não interessam, mas a crença consciente no valor – ético, estético, religioso. Na Ação afetiva, os afetos ou estados emocionais carregam o indivíduo de sentido compreensível. E, por fim, a Ação de modo tradicional tem sua base no costume arraigado.

Quem orienta sua conduta pela ordem jurídica está produzindo uma ação social? Caso a resposta seja afirmativa, qual o tipo ideal de ação social que mais se aproxima da obediência ao Direito? Tememos não haver respostas precisas para essas questões, mas são com essas reflexões que nos ocuparemos agora.

Antes de tentarmos responder as indagações anteriores faremos mais uma, com a qual desejamos começar o detalhamento desse ponto. Por que obedecemos à ordem jurídica? Samuel Rodrigues Barbosa (2007, p. 118) esmiúnsa alguns excertos de “Economia e Sociedade” na intenção de mostrar que a obediência ao Direito dá-se pela crença na legitimidade da ordem jurídica, e não pelo temor à coação. Julian Freund (1987) destaca a coação como elemento essencial na definição do Direito. Aparentemente, pode parecer que os autores citados não compartilham da mesma concepção teórica. Mas a afirmação de um não significa a negação do que o outro disse, afinal, tratam pontos diferentes sob ângulos diferentes. Mesmo que os autores divergissem sobre um idêntico ponto, não haveria problema e o caso não prejudicaria nossa análise, pois como Weber esclareceu, as definições e postulações científico-filosóficas são sempre pontos de vista. Não existe o certo e o errado, apenas cada enxerga de uma forma.

Barbosa fala de obediência à ordem jurídica, e Freund do conceito de Direito. Ambos têm razão. A coação é o elemento definidor do Direito. “Uma ordem é denominada Direito, quando está garantida externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a

observação dessa ordem ou castigar sua violação” (WEBER, 1991, p. 21). Realmente não podemos falar que uma ordem desprovida de um quadro coativo seja denominada de Direito. Paulo Nader acredita que existe Direito sem coação, Weber não. Este explica que se uma ordem não está garantida pela probabilidade de coação, trata-se ou de uma convenção ou de um costume. “Chamamos costume uma norma não garantida externamente e à qual o agente de fato se atém, seja de maneira irrefletida, seja por ‘comodidade’ ou por outras razões quaisquer [...]. Convenção quando sua vigência está garantida externamente pela probabilidade de que um comportamento discordante tropeçará com a reprovação geral e sensível” (*Ibidem*, p. 19 e 21).

Concordamos com Barbosa de que não é a coação que impulsiona os indivíduos a obedecerem aos estatutos jurídicos, mas a crença na legitimidade da ordem estatuída. A obediência à ordem legítima dá-se sob duas principais formas: por uma atitude interna e por expectativas de determinadas conseqüências externas. No primeiro caso, o agente pode de modo afetivo, obedecer à ordem sem questioná-la, ou seja, por entrega sentimental. Pode também amoldar-se ao prescrito por um convencimento ético-moral, segundo a ação de modo racional referente a valores ou, então, por argumentos religiosos, na crença efetiva de que a obediência à ordem é fator que contribui para o processo de salvação. Já no segundo caso, a esfera espiritual ou interior do indivíduo não se manifesta. Os motivos e razões advêm apenas do mundo externo ao sujeito. Nas palavras de Weber, “a legitimidade de uma ordem pode estar garantida pelas expectativas de determinadas conseqüências externas”. Será que o autor está se referindo à coação? Quase isso. O destaque é dado à coercibilidade. Paulo Nader (2007) distingue muito bem coação de coercibilidade. “Coação é a força em ato (eventual); a coercibilidade é a força em potência (permanente) [...] o que se nos revela essencial ao Direito é a coercibilidade, ou seja, a possibilidade de o Direito empregar a força (p. 61-65).” Não é à toa que Weber usa o termo “expectativa” apontando para a possibilidade, a probabilidade de certas conseqüências responderem, sobre o indivíduo, a certos atos. Isso já estava claro no conceito weberiano de Direito, quando ele escreve que “uma ordem é denominada de Direito quando está garantida externamente pela **probabilidade de coação**⁹ [...]” Essa expressão pode ser substituída por um único termo, qual seja, *coercibilidade*.

Barbosa estava certo quando em seu estudo introdutório sobre o Direito weberiano declarou que a obediência, em geral, não se dá pela coação, mas pela legitimidade da ordem vigente. Entretanto, nos regimes totalitários temos dificuldade em acreditar que a crença na

⁹ Grifo nosso.

legitimidade da ordem oriente as ações dos indivíduos. Ele deveria ter anotado as exceções, coisa que Weber sempre fez.

No conceito weberiano de Direito a coação é essencial e não a crença na legitimidade. E quanto à orientação das condutas, em geral, é a legitimidade da ordem o fator chave, e não a coação. Barbosa não faz essa, necessária, distinção e compromete a clareza e a compreensibilidade de seu texto, além de esquecer-se de anotar as exceções, porque, decerto, não é em todos os regimes que a legitimidade da ordem orienta as ações. Vamos até mais longe: em alguns regimes totalitários nem a coercibilidade tem o poder de orientar as ações. Nesses casos, somente a coação efetiva (em ato) pode resolver o problema da insubordinação dos súditos, ainda que temporariamente.

Então, devemos sempre destacar que nos utilizaremos de assertivas teóricas como análogas a tipos ideais, podendo não corresponder à realidade concreta. Depois do exposto, fica mais fácil (ou menos difícil) aceitar que a obediência ao Direito é uma ação social, com a ressalva de que a relação indivíduo-norma jurídica traz o sentido da relação indivíduo-indivíduo, ainda que latente.

Quanto à segunda questão feita neste tópico V estamos desinclinados a aquiescer o pedido de resposta dos leitores. Na oportunidade levantamos a indagação se a obediência ao Direito correspondia a que tipo ideal de ação social. Não arriscaremos resposta alguma, apenas entendemos ser possível que a obediência ao Direito possa ser equivalente a qualquer um dos quatro tipos ideais, ou a um complexo abrangente de todos eles ou, até mesmo, outro tipo sem partes coincidentes com os já expostos. A resposta pode divergir conforme a concepção teórica do pesquisador, assim como o sujeito pode considerar diversos motivos efetivos para agir conforme a norma. Para quem deseja resolver esta questão, recomenda-se levar em conta a época, o lugar e o regime político do agrupamento social que se pretenda estudar.

Considerações finais

Vimos que para Sociologia Jurídica, o Direito não se resume a apenas um conjunto de normas estatuídas pelo Estado. Ele abarca um complexo de motivos que orientam as ações humanas. A relação do indivíduo com a norma pressupõe nesta a impressão de outrem com o qual se estabelece o sentido da comunicação.

A Sociologia Compreensiva busca estudar a orientação da conduta humana pelo Direito, e não a norma em sua lógica formal. Como Weber constata, o processo de racionalização do Direito evidencia o esforço do homem para aprimorar a convivência através de regras comuns. Seja nas comunidades primitivas ou nas megalópoles, decerto, o Direito orienta as ações sociais.

Weber foi um dos poucos que conseguiu explicar o fenômeno jurídico como um fenômeno social. Por isso consideramos importante um trabalho introdutório à Sociologia Jurídica Weberiana para preparar os interessados nesse tema a estudos mais aprofundados.

REFERÊNCIAS:

- BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito: estudo introdutório. IN: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREUND, Julien. *Sociologia Jurídica de Max Weber*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa; revisão de Paulo Guimarães do Couto. – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense - Universitária, 1987.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. – 16ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NOGUEIRA, Cláudio Marques Martins. *Considerações sobre a Sociologia de Max Weber*. Artigo publicado no Caderno de Filosofia e Ciências Humanas – Unicentro Newton Paiva, Ano VIII, nº 13 – Belo Horizonte, 1999. Disponível em: <<http://www.sociologia1.hpg.ig.com.br/textos/weber.htm>>. Acesso em: 30 out 2008.
- QUINTANEIRO, Tania. *Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos e Fronteiras da Sociologia Jurídica*. (Os clássicos). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- TREVES, Renato. A função da Sociologia do Direito. IN: *Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas*. Tradução Marcelo Branchini – Barueri/SP: Manole, 2004.
- WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. IN: *Metodologia das Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, [s.d.].
- _____. A Ciência como vocação. IN: *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- _____. Conceitos sociológicos fundamentais. IN: *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991 [volume 1].
- _____. A economia e as ordens sociais. IN: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do estado de São Paulo, 1999 [volume 1].
- _____. Sociologia do Direito. IN: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1999 [volume 2].

UMA ANÁLISE DO PROJETO ILUMINISTA KANTIANO PARA SE ALCANÇAR A PAZ PERPÉTUA

Sorainy de Oliveira Mangueira*

RESUMO: A análise realizada está dividida em duas partes. Inicialmente apresenta-se uma análise da obra 'Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento?' de Kant, na qual há uma contextualização histórica acerca da Filosofia kantiana. Nesta primeira parte é possível perceber como Immanuel Kant faz menção ao Direito à Liberdade dentro do contexto histórico compreendido pela fase do Iluminismo. O segundo momento do trabalho está composto pela análise do texto A Paz Perpétua; versa sobre o projeto iluminista de Kant para se instaurar uma paz perpétua no âmbito mundial. Nesta segunda parte encontramos apontamentos sobre as dificuldades para se instaurar uma paz mundial. Na concepção kantiana a humanidade abre mão do Direito à Liberdade por comodismo; dessa maneira, a análise do referido estudo também está centrada nos argumentos de Kant acerca desta afirmação.

Palavras-chave: Kant; Paz; Humanidade.

ABSTRACT: The analysis is divided into two parts. Initially presents an analysis of the work 'answer to the question: what is Aufklärung?', in which there is a historical contextualization about Kant philosophy. In this part you can see how Immanuel Kant makes mention of the right to freedom within the historical context understood by phase of enlightenment. The second time the job is composed by the analysis of Perpetual Peace text; deals with enlightened Kant project to establish a world of perpetual peace within. In this second part find jottings difficulties to establish world peace. In the design Kant humanity waive the right to liberty for convenience, the analysis of this study is also focused on Kant's arguments on this statement.

Key words: Kant; Peace; Humanity.

Introdução

A presente análise está dividida em duas partes. Inicialmente apresenta-se uma análise da obra '*Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento?*' de Kant, na qual há uma contextualização histórica acerca da Filosofia de Kant. Nesta primeira parte será possível perceber como Immanuel Kant faz menção ao Direito à Liberdade dentro do contexto histórico compreendido pela fase do Iluminismo. Na concepção kantiana a humanidade abre mão do

* Livre Docente em Filosofia, com Mestrado pela Universidade Federal da Paraíba.

Direito à Liberdade por comodismo; dessa maneira, a análise também estará centrada nos argumentos de Kant acerca desta afirmação.

O segundo momento deste trabalho está composto pela análise do texto *A Paz Perpétua*; versa sobre o projeto iluminista de Kant para se instaurar uma paz perpétua no âmbito mundial. Nesta segunda parte encontramos apontamentos sobre as dificuldades para se instaurar uma paz mundial, uma vez que, como observa o filósofo de Königsberg, dificilmente se encontrará consenso mundial para tanto.

1. O que é iluminismo para Kant?

Antes de compreendermos “O projeto Iluminista Kantiano da Paz Perpétua” vale situar o filósofo Immanuel Kant historicamente e fazer uma breve análise da sua concepção sobre o Iluminismo.

O artigo de Kant “Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento?” de 5 de dezembro de 1783, faz menção a um período da História em que o pensamento europeu passou a dar maior ênfase à experiência e a razão, passou a tratar a religião e as autoridades tradicionais com desconfiança, esse período se caracterizou ainda pelo surgimento do ideal das sociedades liberais, seculares e democráticas. O iluminismo se deu entre os séculos XVII e XVIII. Este movimento está associado a um otimismo quanto ao potencial humano de se progredir por meio da educação e de uma perspectiva em geral utilitarista da sociedade e da ética e está associado também a uma concepção materialista dos seres humanos.

Existem várias traduções para o termo alemão “Aufklärung”, dentre os quais podemos citar: “filosofia das luzes”, “iluminismo”, “época das luzes”, etc.. Seguiremos aqui a tradução dada por Raimundo Vier (1985), texto ao qual estamos trabalhando. Esclarecimento (ou iluminismo) na concepção kantiana é a capacidade humana de fazer uso do seu entendimento sem precisar se orientar por outro indivíduo.

Para Kant “Esclarecimento é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado” pela falta de coragem de fazer uso de seu próprio entendimento (KANT, 1985, p. 100). Destarte, o lema do esclarecimento é “tem coragem de fazer uso de teu próprio entendimento (...)” (*Op. Cit.*, p. 100).

De acordo com Kant, é cômodo para a humanidade viver na menoridade, já que a humanidade é acometida pela preguiça e pela covardia que a faz, “de bom grado”, continuar nessa situação de menoridade, mesmo depois de a natureza tê-la libertado (*Id. Ibid.*, p. 100).

Kant cita alguns exemplos da prática dessa acomodação humana, quais sejam: “(...) tenho um livro que faz às vezes meu entendimento, um diretor espiritual que por mim tem consciência, um médico que por mim decide a respeito de minha dieta, etc.” (*Id. Ibid.* p. 100). Isso liberta o ser humano de se esforçar, de pensar, já que ele pode pagar por tudo isso; pois existem os “tutores” que se esforçam e pensam “de bom grado”.

Kant levanta essa problemática no intuito de dizer que é muito cômodo para a humanidade a condição de submissão, tornando possível que uma minoria domine o todo, minoria que Kant ironicamente denomina “tutores”.

Contudo, não é impossível, na concepção kantiana, que um público saia da sua menoridade, isto é, se esclareça. Para que isso aconteça, basta que seja dada, a esse público, a liberdade.

Essa saída da menoridade se dá por um processo lento, pois o próprio processo revolucionário, diz Kant, é apenas fruto da mudança de “tutores”. Com o processo revolucionário se derruba um grupo de preconceitos e se cria um novo, e esse grupo de preconceitos é o que define a classe dominante e a classe dominada. Conseqüentemente, se permanece com uma grande massa “destituída de pensamento”, de acordo com Kant.

No texto *A Paz Perpétua* Kant apresenta um projeto racional em que a humanidade possa viver em um estado de paz e gozar de certa liberdade. O pensamento kantiano é antagônico, pois o estado de natureza é um estado de guerra, então para que a humanidade possa respeitar a liberdade uns dos outros mutuamente, ela abre mão dessa liberdade natural, que gera o estado de guerra, criando o estado civil, no qual todos passam a obedecer a uma legislação. Eis aqui o traço iluminista do pensamento kantiano, a humanidade passa a ser guiada por uma legislação racional, isto é, sem interferência das instituições religiosas, para a garantia da paz e da liberdade mútua. Dentro desse raciocínio kantiano, veremos a seguir o projeto iluminista apresentado por Kant no texto *A Paz Perpétua*.

2. Proposta Iluminista de Kant para uma “Paz Perpétua”

A obra de Immanuel Kant “*A Paz Perpétua*” consiste num projeto baseado na razão, característica iluminista para se garantir, como o próprio nome diz, a paz perpétua. O texto está dividido em duas seções, sendo a primeira seção disposta em uma única unidade e a segunda seção dividida em três artigos definidos para a *Paz Perpétua*, dois suplementos e um apêndice dividido em duas partes.

Na primeira seção Kant apresenta os artigos preliminares para a *Paz Perpétua* entre os Estados, na segunda seção Kant apresenta os artigos definidos para a *Paz Perpétua* entre os Estados, quais sejam: “A constituição civil em cada Estado deve ser republicana”; “O direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres”; “O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”. Os suplementos consistem: “Da garantia da Paz Perpétua”; “Artigo secreto para a Paz Perpétua”. Por fim, temos no apêndice: “Sobre a discrepância entre a moral e a política a respeito da Paz Perpétua”; “Da harmonia da política com a moral segundo o conceito transcendental no direito público”. Nesta análise comentaremos os dois primeiros pontos dos itens supracitados da obra de Kant em questão, quais sejam: *Artigos preliminares para a paz perpétua entre os estados* e *Artigos definitivos para a paz perpétua entre os estados*.

3. Artigos Preliminares, Apresentados por Kant, para a Paz Perpétua entre os Estados

O primeiro artigo de Kant consiste no seguinte: não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura. (KANT, 1989, p. 120)

Caso contrário, Kant considera apenas uma trégua e seria contraditório denominar eterno, perpétuo, esse acordo de paz, um acordo com “reserva secreta de elementos para uma guerra futura” (*Op. Cit.*, p. 120).

Neste ponto podemos perceber o quanto Kant é atual, pois o que se ver hoje é “em nome da paz” grandes potências mundiais, como é o caso dos Estados Unidos da América, querendo garantir a todo o custo o desarmamento químico, biológico e nuclear de todo o mundo, se achando no direito de obrigar a ONU a invadir o Iraque e vasculhar todo o país. Contudo, o serviço de inteligência militar de grandes potências como esta é totalmente secreto, a população mundial não sabe de fato o que estas armazenam em meio às suas munições; querem ter acesso às informações acerca do aparato bélico de todos os países, usando o pretexto de garantir a paz mundial, no intuito verdadeiro de desarmarem o mundo e permanecerem como única potência a qual toda humanidade deve temer e ter obediência por desconhecer e não querer conhecer a capacidade de suas forças destrutivas.

Destarte, este primeiro artigo de Kant, proposto em 1796, como base preliminar para se garantir a Paz Perpétua está longe de ser compreendido e cumprido pela humanidade.

Com relação ao segundo artigo preliminar de Kant, podemos perceber progresso nos dias atuais, já que é cabível a um regime de governo monárquico: nenhum Estado

independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação. (*Id. Ibid.*p. 121)

Nos dias atuais poucos países adotam esse tipo de governo. Os países que o adotam, a saber: Inglaterra, Alemanha, Holanda, entre outros, encontraram uma forma não arcaica para governar, na qual o herdeiro do trono não exerce mais o poder absoluto, sendo possível instaurar uma administração pública democrática.

Kant tinha razão em propor uma forma de governo não hereditária, pois da forma que se dava nos séculos XVII e XVIII era realmente muito difícil garantir os direitos humanos em um regime de governo hereditário; pois geralmente o herdeiro do Estado ao se manter na liderança, dificilmente deixava de usar o regime absolutista que, obviamente, acarretava uma série de violação aos direitos humanos.

O terceiro artigo de Kant é polêmico. Vejamos: os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer totalmente. (*Id. Ibid.*p. 121).

Claro que se os exércitos se extinguissem poderíamos garantir uma paz perpétua, mas nenhum país dispensará suas forças armadas. Para que isso acontecesse seria necessário que os mais de duzentos países existentes no mundo fizessem o mesmo. Assim, podemos perceber o quanto estamos longe de alcançar essa possibilidade.

Não se devem emitir dívidas públicas em relação com os assuntos de política exterior. (*Id. Ibid.*p. 122).

Este quarto artigo preliminar para uma Paz Perpétua de Kant faz menção a uma prática comum nesse mundo globalizado. Temos então o quinto artigo: nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado. (*Id. Ibid.*p. 123).

Kant abre exceção para o caso de uma falta de organização, a carência de uma constituição, ou em caso de uma anarquia desordenada. Foi mais ou menos o pretexto que os E. U. A. usaram para invadir o Iraque recentemente. Obviamente que Saddam foi um ditador, foi intolerante em seu governo, bombardeou o Irã com armas químicas na “guerra Irã e Iraque” (o Iraque é composto por pessoas de vários credos e é composto também por absurda intolerância religiosa). Mas, o verdadeiro interesse dos E. U. A. com relação ao Iraque não diz respeito a um ato humano de intervir e tentar resolver as atrocidades existentes naquele país, aliás, o mundo ocidental cristão saberia muito pouco sobre aquele país se não fossem suas gigantescas jazidas de petróleo. Até porque a presença das tropas estrangeiras naquele país está longe de levar a paz, a garantia dos direitos humanos e a

tolerância religiosa. Esse é o exemplo mais recente do descumprimento do quinto artigo preliminar sugerido por Kant.

Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego do outro Estado de *assassinos (percussores)*, *envenenadores (venefici)*, a *rotura da capitulação*, a *instigação à traição (perduelio)*, etc. (*Id. Ibid.*p. 124).

Analisando esses artigos de Kant, dificilmente não fazemos menção à atualidade. Este sexto artigo é outro artigo polêmico. Sabemos que atualmente, dificilmente os E. U. A. depositariam confiança no povo iraquiano a ponto de lhes confiar cargos de confiança e responsabilidade, principalmente com essa onda de terrorismo que está invadindo o mundo; a recíproca também é verdadeira, mesmo que se chegue a um acordo de paz, a maioria dos iraquianos, poderíamos acrescentar, a maioria da população muçumana no mundo, não confiam, e com razão, nas boas intenções das grandes potências.

No pensamento kantiano a humanidade precisaria aceitar as diferenças e conviver com as mesmas para que se possa alcançar a paz perpétua. Baseado justamente no pensamento iluminista não podemos dizer que o mundo cristão ou o mundo muçumano é portador da verdade absoluta. Esses artigos apresentados por Kant propõem justamente uma solução desprovida de “verdades” religiosas.

4. Artigos Definitivos, apresentados por Kant, para Garantir a Paz Perpétua

Antes de apresentar os *artigos definitivos*, Kant esclarece sua teoria acerca do “estado de guerra” ao qual ele considera como o “estado natural”. Para se sair do “estado de guerra” é preciso que se saia do “estado natural”, isso se dá por intermédio de uma legislação, que tenha normas específicas a serem cumpridas visando garantir a paz, para que assim possa instaurar-se o “estado de paz”.

“Primeiro artigo definitivo para garantir a paz perpétua: *A constituição civil em cada estado deve ser republicana*” (*Id. Ibid.*p. 127).

Para Kant uma constituição republicana deve ter os seguintes princípios:

A constituição fundada, em primeiro lugar, segundo os princípios da *liberdade* dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em

segundo lugar, em conformidade com os princípios da *dependência* de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da *igualdade* dos mesmos (enquanto cidadãos) é a única que deriva da idéia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana. (*Id. Ibid.* p. 127-128).

De acordo com Kant, a constituição republicana é a única que pode garantir a paz perpétua, só ela dá direito à população, que é legislada pela constituição, de decidir se deve ou não o seu estado declarar guerra a outro. A população terá a chance de pensar acerca dos prós e contras de uma guerra e decidir se está disposta a pagar o preço de uma guerra.

Quando uma constituição não é republicana, o estado passa a pertencer ao seu governante, ficando sob o poder desse governante todas as decisões, inclusive a declaração de guerra. Esse governante pouco sofrerá as conseqüências de uma guerra, permanecerá em seu palácio, cercado por toda a segurança possível e usufruindo de todo o conforto que o poder público pode proporcionar, enquanto que a população pagará preço material (integridade física, vulnerabilidade e problemas financeiros decorrentes) e preço psicológico de vivenciar uma guerra. Por tudo isso, na concepção kantiana, uma constituição republicana pode garantir o estado de paz.

Kant alerta para o fato de que uma constituição republicana não é o mesmo que uma constituição democrática¹⁰, algo que costuma ser confundido. Em um estado democrático há o poder do governante e de uma minoria que está ligada a ele, mesmo sendo um estado democrático, é um estado soberano. Em um estado republicano se governa baseado na constituição, que é reflexo da vontade geral do povo.

“Segundo artigo definitivo para a Paz Perpétua: *O direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres.*” (*Id. Ibid.* p. 132). A humanidade selvagem, nativa, isto é, em seu estado de natureza, vive livre, independente de estado, governante, ou qualquer tipo de legislação. Nesse estado de natureza vale tudo, inclusive o canibalismo, como já aconteceu em várias comunidades nativas do Continente Americano. Assim, a liberdade de cada um não significa necessariamente a liberdade do outro. Então, um grupo de pessoas, que divide uma mesma tribo (digamos assim) sente a necessidade de um código de leis que possa garantir o direito de cada um, destarte, abre-se mão daquela liberdade selvagem para se viver submetida a um estado com um código de leis e um governante que possa garantir,

¹⁰ Kant usa República para indicar o que nós hoje chamamos de democracia.

vigiar e assegurar o cumprimento dessas leis, sai-se, assim, do estado de natureza e passa-se ao estado civil.

Na concepção kantiana, para se garantir a paz perpétua, a legislação não deve apenas prevê a paz dentro do estado, mas cada estado deve procurar viver em paz com os outros estados que também devem ser livres. Temos uma solução difícil de imaginar aqui, pois um estado pode até não ter intenção de guerrear com outro, mas se for atacado e não reagir, sucumbe. Nos grupos primitivos se invadia e atacavam outros grupos por causa de água e até comida, nos dias atuais um país ataca outro por causa de petróleo e assim sucessivamente.

“O terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua consiste no seguinte: *O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal.*”

Na concepção kantiana, nenhum estado deve rejeitar um estrangeiro se este se comportar amistosamente. Para Kant a superfície da Terra é propriedade comum, assim, não deve haver tantas restrições com relação ao direito de visitas. Vejamos como ele coloca essa questão:

(...) *um direito de visita*, que assiste todos os homens para se apresentar à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não podem estender-se até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se um aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra. (*Id. Ibid.*p. 137).

Todos os artigos de Kant são interessantes, mas não podemos imaginar o mundo hoje sem restrições ou com poucas restrições aos visitantes de outros países. Além dos problemas de diferenciação entre os países ricos e os países pobres, os habitantes desses últimos migrariam em massa para os primeiros; existe, nos dias atuais, a onda de terrorismo que está assombrando o mundo, então, fica impossível não estabelecer barreiras ao direito dos hóspedes.

Quase trezentos anos nos separam da época em que Kant viveu, conseqüentemente nos separam da era do iluminismo e incrivelmente estamos ainda longe de uma solução racional para a garantia da instauração da paz mundial.

Considerações finais

Fazendo uma análise atual da obra de Kant, Bobbio lembra *que a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948, deu início ao direito cosmopolita, parecido com o que foi proposto por Kant. Ora, é nesse sentido que na obra *Kant & o Direito* de Ricardo Terra (2004), vemos que é impossível ler Kant e não reportá-lo para a atualidade. Mas, apesar dos quase trezentos anos que nos separam da era do pensamento iluminista, a humanidade ainda não age, na maioria das vezes, de forma racional, no sentido de por em prática medidas que possam instaurar a paz. Contudo, percebemos que a ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresenta uma proposta que, se funcionasse na íntegra, poria em prática o pensamento kantiano. Mas, embora não funcionando integralmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já propiciou alguns resultados positivos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus: 1992.
- KANT, Immanuel. *Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento?* 2.^a Ed. Tradução: Raimundo Vier. – Petrópolis: Vozes: 1985.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. – Lisboa: Edições 70: 1989.
- TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor: 2004.

APONTAMENTOS SOBRE A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL PÁTRIO

Luís Alberto de Fischer Awazu*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar alguns aspectos da distribuição de competência legislativa, em especial no que tange à legislação ambiental. Assim, como o Brasil adota o modelo federativo na organização do estado nacional, insta realizar a relação entre a harmonização da atribuição de competências legiferantes para cada ente da federação (União, estados e municípios) e a sustentabilidade do pacto federativo, haja vista este ser um ponto fundamental no desenvolvimento da nação e na solução dos conflitos ambientais.

Palavras-chave: Competência legislativa; legislação; conflitos ambientais.

ABSTRACT: The present article has as objective to analyze some aspects of the distribution of legislative ability, in special in what it refers to the ambient legislation. Thus, as Brazil adopts the federative model in the organization of the national state, it urges to carry through the relation it enters the harmonization of the attribution of abilities legislators for each being of the federacy (Union, states and cities) and the sustentabilidade of the federative pact, has seen this being a basic point in the development of the nation and the solution of the ambient conflicts.

Key words: Legislative ability; legislation; ambient conflicts.

Introdução

O meio ambiente é um tema de amplo interesse social, e que por isso vem sendo alvo constante de sucessivas intervenções por parte do legislador pátrio. Deste modo, verifica-se que a atuação do operador do direito que lida com a legislação ambiental diuturnamente se vê prejudicada pela ampla gama de normas emanadas pelos três níveis que compõe a federação brasileira: União, Estados e Municípios. Assim, o escopo deste artigo é analisar os aspectos gerais do federalismo, sua conseqüente divisão de competências e seu impacto no ordenamento jurídico quanto ao direito ambiental brasileiro, para que assim possa ser feita a

* Advogado do escritório Marcos Martins Advogados Associados

tentativa de delimitação do alcance da possibilidade de legislar sobre a matéria por parte de cada ente federado.

1. A evolução do federalismo

Antes de ingressarmos na esfera da divisão de competências propriamente dita, cumpre explanar, ainda que de modo superficial, a origem do sistema federativo, fato que se torna fundamental para se compreender a importância da divisão de competências.

Analisar o federalismo enquanto forma de organização de Estado, significa, antes de mais nada, abordar as complexas relações jurídico-políticas existentes no interior dos Estados Nacionais, que passaram por uma longa evolução até desembocar nos acontecimentos do ano de 1787, quando se estabeleceram os Estados Unidos da América e seu particular pacto federativo – e que exerceria influência direta sobre o Brasil.

De acordo com Dallari (1995, p. 215), há um relacionamento estreito entre a forma federativa e os problemas de governo, visto que a opção federativa deve ser considerada a mais eficiente por muitos países, para que, sob um governo comum, dois ou mais povos possam alcançar os mesmos objetivos.

Deste modo, no surgimento do federalismo a intenção daqueles que criaram o Estado Federal Estadunidense deve ser levado em consideração, pois, o projeto dos ‘fundadores da nação’ não se limitava apenas a um projeto jurídico, mas, sobretudo, político, com vistas a articular as liberdades individuais, a autonomia dos estados (antigas colônias) e a sustentabilidade da unidade do país.

Como característica elementar, o modelo federativo deve basear-se em uma combinação eficiente entre a autonomia dos entes federativos e a sua interdependência, definindo-se pela delimitação clara dos direitos de cada ente federativo e a União por eles estabelecida, bem como das formas de assegurar a manutenção deste princípio.

Em geral, o federalismo está associado a regimes democráticos, sendo que em regimes autoritários costumam ocorrer processos de centralização, reduzindo poder dos governos subnacionais. A dinâmica das relações intragovernamentais no federalismo tem na cooperação e, ao mesmo tempo, na competição, uma das suas mais importantes características.

Assim, diversos países que adotam o federalismo seguem arranjos que permitem uma convivência relativamente harmoniosa, para reger de maneira conciliatória as contradições e os conflitos dos Estados federados.

Ademais, existem basicamente dois modelos de federalismo: em um pólo, os Estados Unidos da América, que têm um menor grau de interpenetração e subsidiaridade e um maior grau de autonomia e competição entre os Estados participantes da federação; e em outro, aquele verificado na Alemanha que se caracteriza por uma grande complementaridade e subsidiaridade e uma menor autonomia e competição entre os Estados federados.

Cumprir observar que os Estados Unidos eram, naquela época, uma Confederação, que se mantinha unida por um tratado, em que os estados reuniam-se nos ‘Estados Unidos em Congresso’. Em consequência da baixa institucionalidade deste modelo, o país sofria uma série de debilidades, inclusive quanto à sua defesa externa.

Como decorrência da grande obra teórica construída por Hamilton e outros, em O Federalista, concluiu-se que a melhor forma de articular os interesses dos estados era fortalecer o poder central (ou Poder da “União”), bem como o estabelecer um Poder Judiciário autônomo e forte, além de um congresso nacional que representasse, ao mesmo tempo, o povo e os Estados.

Eis, então, uma das virtudes do modelo norte-americano de 1787: a Carta Maior garantiu os elementos básicos da federação, ao mesmo tempo em que consolidou a separação dos poderes, por meio do mecanismo de freios e contrapesos. Sobre este tema ressalta-se o seguinte trecho de O Federalista:

[...] os membros de cada um dos três ramos do poder devem ser tão pouco dependentes quanto possível dos demais (...). Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam as intromissões dos outros. (WEFFORT, 1995, p. 273).

Em suma, o sistema federativo possui como características fundamentais a autonomia dos estados federados, a constituição como fundamento jurídico do Estado Federal e inexistência do direito de secessão.

Diante deste cenário, os constituintes americanos dispuseram as bases do que se chamou de federalismo dual, onde é reconhecida a independência recíproca dos governos, de forma que não existe entre a União e os Estados nenhuma espécie de subordinação, devendo ainda ambas as esferas governamentais estar submetidas ao princípio da supremacia da Constituição. Deve-se ter em mente que o federalismo provém da palavra latina *foedus*, ou seja, pacto, união. Sobre o aspecto da constituição como fundamento jurídico do Estado Federal, a professora Fernanda Dias Menezes de Almeida assim escreve:

Como antes visto, a Confederação tem por fundamento um tratado, que é, em regra, o instituto jurídico por meio do qual Estados Soberanos oficializam acordos de vontade a que se vinculam, podendo, não obstante, rompê-los a qualquer momento, por isso que mantêm sua soberania. Já a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição comum a todas as entidades federadas, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações. (2007, p.12)

2. A divisão de competências legislativas

A análise da exposição da consolidação do federalismo deixa claro que o mesmo se fez e se faz até hoje, sob a elaboração de um “contrato”, ou seja, de uma constituição, que delimitará o campo de ação de todos aqueles que integram uma determinada federação, e no Brasil não seria diferente. O pacto federativo adotado no Brasil em 1988 revelou a busca por um modelo federativo equilibrado. Talvez, o mecanismo mais sofisticado elaborado pelo constituinte para este fim tenha sido a distribuição das competências legislativas. Destarte, a Carta de 1988 inovou ao elevar o município ao status de ente federativo, o que certamente tornou ainda mais complexo o equilíbrio da federação, especialmente no que tange a conflitos positivos de normas e a confusão tributária estabelecida em um sistema com três níveis autônomos de legislação fiscal. Sobre este fenômeno, assim comenta o Ilustre professor Sérgio Rezende de Barros:

O ente político de base territorial e fim governamental mais antigo e tradicional do Brasil é o município. Foi sufocado pela proclamação da república federativa em 1889, que importou o modelo dos Estados Unidos da América, implantando-o sobre os municípios brasileiros como uma camisa de força. No Brasil, a federação se constituiu de uma união federal de estados federados, ignorando os municípios. Mas, ao longo de um século de república federativa, o município brasileiro resistiu. Gradativamente abriu seu espaço na federação, sendo reconhecido afinal, expressamente, pelo artigo 1º da Constituição de 1988, que o inclui como ente federativo, participante da federação brasileira. A república brasileira desenvolveu assim um federalismo de duplo grau ou de três degraus, que chamo federalismo trino, para distingui-lo do federalismo norte-americano, em que não há um terceiro nível padronizado de poder governamental, já que lá os estados-membros têm grande liberdade de auto-organização, até para instituir entes políticos territoriais diversificados.

Neste sentido, o federalismo trino, único no mundo, deve passar ainda por um gradual processo de amadurecimento, a fim de conciliar as autonomias dos entes federados, suas desigualdades com a estabilidade institucional e o desenvolvimento do país. Sobre este tema, a professora Fernanda Dias Menezes de Almeida (2007, p. 58) assim escreve:

Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação¹¹.

3. Da divisão de competência legislativa em matéria ambiental no ordenamento jurídico pátrio

A divisão de competências no federalismo brasileiro revela muito da dificuldade do país em se organizar como uma nação, dada a vastidão do território e a diversidade sócio-cultural da população. Neste sentido, as realidades locais revelam a relação de cada porção do território com o ambiente dentro do qual estão inseridos. Assim, a Constituição procura preservar a autonomia de cada ente federativo sem deixar de levar em conta que o meio ambiente não se subordina às ficções jurídicas. Sua proteção depende de um equilíbrio federativo que leve, sobretudo, à cooperação entre os entes federados para que o meio ambiente tivesse um manto efetivo de proteção jurídica.

Logo, a Constituição da República (1988), em seu art. 24, VI2, dispõe que cabe, concorrentemente, à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a proteção ao meio ambiente e no inciso VIII sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente. Ademais, a interpretação conjunta dos §1º e §2º do art. 24 cumulada com o art. 30, Inciso II da Constituição da República deixa claro que aos municípios cabe a suplementação da legislação federal e estadual no que couber e, por sua vez, aos Estados é conferida a competência suplementar nos casos em que não houver norma da União.

Em breves palavras, o eminente jurista Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em seu Curso de Direito Constitucional (1990, p. 189), separa as competências concorrentes em: cumulativas e não-cumulativas¹². Para o nosso estudo, interessa conceituar as não-cumulativas, ou seja, aquelas em que, de acordo com o autor citado: “reserva-se um nível superior ao ente federado mais alto - a União - que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-membro a complementação. Diz-se, por isso, que cabe ao Estado-membro uma competência ‘complementar’. Admite-se até que à falta

¹¹ Fonte: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=59&TextPart=5>>. Acesso em: 20 out. 2008.

¹² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

dessas normas gerais, o Estado-membro possa suprir essa ausência (competência 'supletiva').

No caso dos municípios, estes legislam sobre o chamado "interesse local", que não foi definido pelo constituinte. Mas, claramente, em matéria ambiental, Estados e Municípios podem legislar por meio de competência não-cumulativa, cabendo à União a primazia da edição das normas gerais. No caso das normas ambientais, a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, em seu art.6º, §1º dispõe que:

Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaboração normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. (BRASIL,1981).

Neste sentido, o parágrafo segundo estabelece que: "Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior". (BRASIL, 1981).

Ademais, do fato de o art. 6º do referido diploma estruturar o Sistema Nacional do Meio Ambiente deduz-se que a competência concorrente estabelecida na Carta Magna harmoniza-se na Política Nacional do Meio Ambiente, de modo a consolidar os parâmetros técnicos dispostos nas normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA.

Analisando os critérios de delimitação da competência legislativa, o prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2005, p. 79) assim escreve:

Em linhas gerais, podemos concluir que a competência legislativa em matéria ambiental estará sempre privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que e realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (arts.24,V, VI e 30, II).

Por vezes, o fato de a competência ser comum a todos os entes federados poderá tornar difícil a tarefa de discernir qual a norma administrativa mais adequada a uma determinada situação. Os critérios que deverão ser verificados para tal análise são: a) o critério de preponderância do interesse; e b) o critério da colaboração (cooperação) entre os entes Federados, conforme determina o já transcrito parágrafo único do art.23. Desse modo, deve-se buscar, como regra, privilegiar a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum.

A aplicação prática da divisão de competências, fruto de um complexo pacto federativo, não é fácil. Um exemplo disso pode ser verificado na fixação da competência para a concessão de licenças ambientais. Em muitos casos a sobreposição da necessidade de mais de uma licença ambiental acaba por encarecer empreendimentos, causar atrasos, sem contar

o tempo que se perde em mais de uma instância que basicamente trata do mesmo assunto, dado que Estados, municípios e a União brigam por saber quem pode legislar sobre o tema.

Na tentativa de solucionar a questão, a Resolução 237/97 do CONAMA disciplinou que o licenciamento ambiental deverá ser feito em um único nível de competência. Tal dispositivo incendiou o debate acerca do tema, tendo os tribunais se posicionado em mais de uma vez a favor de que, de modo geral, a competência para o licenciamento se fixa pelo alcance dos possíveis impactos ambientais do empreendimento licenciado.

Considerações finais

O tema da competência legislativa no direito ambiental pátrio encontra-se aberto ao debate. Como se nota na questão do licenciamento ambiental, a convergência entre a predominância do pacto federativo e sua aplicação no caso concreto, por vezes, gera conflitos que muitas vezes somente são resolvidos nas mais altas cortes do país.

De modo geral, este quadro reflete a necessidade de amadurecimento da consciência federativa do Brasil, devendo ser efetiva, ao mesmo tempo em que concilie os interesses de cada ente federativo. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, já decidiu que o município não pode assumir para si, competência legislativa de temas de “ressonância nacional” analisadas por órgãos federais (ADIN 12.368-0/1, j.30.10.1991, Pleno, relator Bourroul Ribeiro).

Por fim, uma saída para esta questão está no aperfeiçoamento do ordenamento infraconstitucional, como o descrito no parágrafo único do art. 23 da Constituição da República. Por outro lado, é necessário aprofundar os mecanismos de cooperação técnico-financeiros entre as entidades que tratam da questão ambiental, a fim de que haja de fato um Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre poder constituinte*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=59&TextPart=5>>. Acesso em: 20 out. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3

mar. 2009.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>.

Acesso em: 3 mar. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Julian Nogueira de Queiroz*

RESUMO: O presente artigo visa tecer algumas considerações a respeito da evolução do direito privado, mormente no que tange aos princípios que regem os contratos, à luz da nova sistematização constitucional trazida com o Estado social e intervencionista. Busca, assim, uma análise acerca da intervenção do Estado na ordem econômica, disciplinada na Constituição de 1988, e seus reflexos no âmbito das relações jurídicas privadas, consubstanciadas no Direito dos contratos.

Palavras-chave: Princípios, Ordem econômica, Contratos.

ABSTRACT: The present article sees to weave a few considerations about the evolution of the private law, specially about the principles that establishes the contracts, in a new constitutional view, brought with the social and interviewing State. This way, it looks for an analysis about the government intervention at the economics command, disciplined at the Constitution of 1988, and its reflections at the ambit of the private relations, established at the contracts law.

Key-words: Principles, Economic order, Contracts.

Introdução

A análise da conjuntura relativa aos princípios e preceitos normativos referentes ao mundo dos contratos, bem como das obrigações dele decorrentes, passa, inexoravelmente, pelo exame dos aspectos concernentes ao modelo político-econômico adotado em uma dada sociedade, em um determinado momento de sua evolução histórica.

Tal perspectiva se confirma quando, ao identificarmos a adoção, em diversos países, de uma política econômica e social mais intervencionista (especialmente no pós-guerra), também constatamos uma intensificação da participação do Estado nas relações jurídicas privadas, num contexto histórico essencialmente caracterizado pela ruptura do regime jurídico anterior.

Deveras, insta reconhecer que aludida atuação estatal seria inimaginável na época da eclosão da ideologia liberal desencadeada pela revolução francesa, por volta do século XVIII,

na qual as convenções particulares revestiam-se, com base em uma pretensa liberdade contratual, de uma absoluta intangibilidade.

Estas constatações confirmam o grau de interligação existente entre a dogmática contratual e a ordem social e econômica adotada pelos Estados modernos.

No afã de se investigar o nível desta interlocução, bem como as conseqüências daí resultantes, este trabalho tem por objetivo estabelecer um paralelo entre ambas as perspectivas (do direito contratual e da ordem econômica), analisando o desenvolvimento da função social do contrato no processo de constitucionalização do direito civil, assim como sua inserção, quanto ao direito brasileiro, no sistema político-econômico estabelecido na Constituição Federal de 1988.

1. Análise evolutiva do Direito Privado

Inicialmente, impende tecermos algumas linhas sobre o desenvolvimento do Direito Privado (especialmente no que diz respeito ao Direito Civil), a luz do momento econômico vivenciado pelo Estado ao longo de sua evolução.

A doutrina aponta o século XVIII como o período embrionário das grandes codificações. As atividades econômicas, outrora consuetudinárias, passaram a ser regidas por diplomas legais escritos e sistêmicos, tendo como grande exemplo, já no início do século XIX, a elaboração dos dois primeiros estatutos legais incumbidos de reger as relações jurídicas privadas na época, quais sejam, os Códigos Civil e Comercial francês, em 1804 e 1808, respectivamente.

Tais estatutos sofreram forte influência da ideologia liberal proveniente do pensamento iluminista, sendo, pois, consubstanciados na idéia de abstenção da participação do Estado na economia e, principalmente, nas relações jurídicas particulares. A não-intervenção estatal sobre ditas atividades correspondia ao surgimento do chamado “liberalismo econômico”, fundado no princípio da liberdade contratual, que tomara curso de maneira excessivamente absoluta.

Assim, sob os auspícios do princípio da liberdade, a lei, ao limitar a atuação do Estado no campo privado, findava por camuflar a promoção dos interesses da burguesia da época, visto que esta, naquele momento, não encontrava limite para a exploração, dentro de uma relação contratual nitidamente desequilibrada, da parte contratual mais fraca. Este último, mesmo hipossuficiente, via-se despedido de qualquer proteção estatal.

Sintetizando bem esses aspectos, Paulo Lobo¹³ subtempera que

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa nº 141, janeiro/março 1999

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado. As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição que a história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social.

Ao Estado liberal cabia, pois, unicamente “preparar o terreno” para que os particulares pudessem livremente desempenhar suas atividades econômicas. Luis Cabral de Moncada¹⁴, dissertando acerca do Estado liberal, registra que

A tarefa do Estado não consiste, portanto, em prescrever fins para cada cidadão mas actuar de modo a que cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem.

Assim, ainda segundo o autor lusitano¹⁵,

É a expressão da vontade que interessa ao direito proteger, mesmo que uma das partes contratantes estivesse em condições concretas de influenciar a vontade da outra e mesmo que nem sempre a sua vontade psicológica lograsse a mais acabada expressão.

Nesse contexto, afiguravam-se as sobreditas legislações essencialmente individualistas e patrimonialista, dando às convenções particulares um caráter de imutabilidade absoluta, fundado no princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato, que fazia lei entre as partes, deveria ser cumprido em toda sua íntegra.

Os indivíduos pactuavam entre si acordos sinalagmáticos dotados de caráter de auto-regulação, ou seja, não havia espaço para uma abordagem meta-individual (atributo da

¹⁴ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito económico*. 2.ed. Coimbra editora: Coimbra, 1988. p. 21.

¹⁵ *Op cit.* p. 20.

socialidade) no âmbito da formatação do referido ajuste, nem, tampouco, o Estado detinha legitimidade para intervir no feito (para proteger o hipossuficiente), mesmo que a balança contratual estivesse desproporcionalmente ajustada. No dizer de Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer Feitosa¹⁶,

Essa presunção de liberdade formal aproximava, no plano ideológico, a autonomia do indivíduo com a autoridade do Estado, decorrente do contrato social, ao tempo em que mantinha o Estado numa posição de neutralidade e inércia, juridicamente indiferente às desigualdades econômicas.

Na verdade, esta visão antropocêntrica, fundamentada nos preceitos da liberdade contratual e da prevalência irrestrita da autonomia de vontade, tomou forma nas aludidas codificações como meio de se evitar a interferência arbitrária do Estado no patrimônio privado, no intuito de impor, ao Poder Público, uma *política de abstenção*, revelada, naquele momento, imprescindível para limitar o exacerbado poder do monarca exercido sobre os membros da sociedade.

Esta ideologia liberal, proclamada nas primeiras codificações francesas, influenciaram substancialmente diversas legislações civilistas, inclusive a nossa. Eis a razão pela qual, durante muito tempo, tivemos um ordenamento jurídico voltado mais para a proteção do indivíduo isoladamente considerado, do que para uma performance meta-individual. Vejamos como sucedeu a implantação do Direito Civil no Brasil.

A codificação civilista brasileira veio cerca de meio século após o Código francês. Na verdade, a Constituição imperial de 1824 já determinara à Casa Legislativa, em seu art. 180, a tarefa de confeccionar um diploma civilista nacional, tendo em vista que as relações jurídicas existentes naquele momento ainda eram regidas, face à carência de legislação interna, pelo direito português.

A elaboração do mencionado código, inicialmente, foi conferida ao baiano Teixeira de Freitas, em 1855. Seu projeto, humildemente batizado por “esboço de Código Civil” por seu realizador, fica pronto em 1872, contando com mais de 5.000 artigos, cujas normas disciplinavam fatos significativamente avançados para a época, tais como boa-fé objetiva e proteção jurídica do nascituro. Todavia, pode-se asseverar que, nada obstante tais progressos, o código de Teixeira de Freitas, por razões políticas, não foi adotado no Brasil¹⁷.

¹⁶ FEITOSA, Maria Luíza P. de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 301.

¹⁷ O mencionado jurista recusara-se a lançar seu projeto para deliberação no Congresso Nacional sem que houvesse tido uma prévia discussão doutrinária entre os demais doutrinadores a respeito da mesma.

Em meados do século XX, a elaboração de um novo projeto de código civil é conferida ao cearense Clóvis Beviláqua, no ano de 1899. Deste projeto, resulta o primeiro Código Civil brasileiro, editado em 1916, vindo a entrar em vigor em 1917. Interessa frisar, nesta trajetória, que o aludido estatuto trouxe, em seu conteúdo, *as mesmas características que inspiraram o legislador francês do século XIX, mormente no que tange ao seu caráter individualista e patrimonialista*.

Essa característica do diploma de 1916 é claramente identificada por Bruna Lyra Duque¹⁸, que, em artigo publicado sobre o assunto, disserta que

(...) o Código Civil brasileiro de 1916 recebeu forte influência da legislação francesa, inspirado no liberalismo, valorizando o indivíduo, a liberdade e a propriedade.

A base contratual que se pautou o diploma civil de 1916 observou características individualistas, observando apenas uma igualdade formal, fazendo lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Segundo tal diploma legal, ficava assegurada a imutabilidade contratual e os contraentes celebravam livremente um acordo que deveria ser absolutamente respeitado.

Os contratos eram, assim, revestidos, na ótica do Código anterior, de força normativa absoluta, na esteira da suprema autonomia da vontade, tendo seu conteúdo insuscetível de sindicância pelo Estado. A prevalência da liberdade das partes contratantes dispensava qualquer intervenção externa no âmbito de suas relações, desprovendo, na maioria das vezes, de proteção jurídica os que figuravam no pólo hipossuficiente da pseudo-equânime relação.

Esta era a disciplina evidenciada em nosso estatuto civilista do século passado.

Todavia, a idéia burguesa de liberdade, preconizada na revolução francesa de 1789 e positivada nas codificações posteriores, ao afastar definitivamente o Estado das relações privadas, fez insurgir fortes conseqüências também em outras áreas, além dos contratos privados, com destaque para as repercussões ocorridas no âmbito laboral.

Em outras palavras, o fenômeno liberalista findou por resultar em um processo de exploração desmesurada da classe operária por parte dos grandes industriais, ocasionando o que Paulo Lobo descreve como “exploração da liberdade”¹⁹.

¹⁸ DUQUE, Bruna Lyra. *A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do Direito contratual à luz do princípio da socialidade*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 8, maio – junho, 2007, p. 258-277. Disponível em: <http://www.panoptica.org>, acesso em 02 de agosto de 2008.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p.11.

A pressão exercida pelo descontentamento dos trabalhadores com as condições de trabalho impostas pelos empregadores (somados a outros fatores de natureza econômica), bem como o surgimento de novos valores a serem juridicamente tutelados (tais como proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, etc.), influenciou significativamente a reestruturação e alternância do papel do Estado, que passou a denominar-se “Estado Social”.

Como principal expoente deste fenômeno, pode-se apontar o processo de inserção de princípios sociais nos textos constitucionais de diversos países, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer, em 1919.

Desse modo, plausível se mostra afirmar, conforme João Bosco Leopoldino da Fonseca²⁰, que

Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata que acabou por sufocar o próprio cidadão que dela era titular. A sustentação da liberdade como apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta que lhe prestava seu trabalho. Esta relação degenerou em exploração.

Ainda neste contexto, a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, demonstrou a falha do sistema de livre mercado, preconizado pela política do *laissez faire*, sugerindo a implantação de um novo modelo de Estado, que, abandonando a ideologia liberal anterior, passa, então, a adotar políticas sociais e econômicas mais intervencionistas, configurando o já mencionado *Estado Social*.

Neste período, a ordem jurídica do Estado intervencionista atribui à norma um papel completamente diferente do que tinha anteriormente. A norma jurídica assume agora um conteúdo econômico e social perdendo a neutralidade axiológica que a caracterizava na fase liberal²¹.

Precisas, neste sentido, são as palavras de Flávia Piovesan²², que bem sintetizam a acepção deste momento histórico:

Caminhando na história, verifica-se que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania, e, sob as influências da concepção marxista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Do primado da liberdade se transita ao primado do valor igualdade. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social.

²⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.

²¹ MONCADA, Luis S. Cabral de. Op. cit., p. 26.

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.133.

Nessa nova fase, o Estado passa a exercer, através de políticas sócio-econômicas, um controle mais efetivo das relações particulares, instituindo regras que viabilizariam a proteção da parte contratual mais vulnerável (trabalhador, consumidor, etc.), mantendo, desta forma, o equilíbrio substancial das relações jurídicas, com base no princípio da igualdade.

Segundo Paulo Lôbo²³, “O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais”. Vislumbra-se, assim, que a sociedade caminha para uma nova realidade, na qual os contratos, outrora tidos como mecanismos de auto-regulação absoluta de prestações individuais, devem (agora) respeitar, sob pena de invalidação, os preceitos estabelecidos pelos valores sociais.

Neste sentido, disserta Rodrigo Toscano de Brito²⁴, em festejada monografia sobre o assunto, que seja um contrato de massa, que possa atingir milhões de pessoas ao mesmo tempo, seja um singelo contrato privado, seja um contrato empresarial (...), devem respeito à busca pela dignidade, à observância da justiça social, enfim, ao equilíbrio.

Contudo, malgrado o avanço ideológico promovido pelos movimentos sociais perpetrados no primeiro quartel do século XX, as atividades econômicas, no contexto brasileiro, ainda estavam regulamentadas por um diploma civil pautado em preceitos essencialmente liberais (Código de 1916), cujo regramento não atendia mais às necessidades evidenciadas pela sociedade.

Além de buscar seus alicerces na influência francesa, o Código Beviláqua fora concebido em um momento histórico no qual a produção agrícola era tida como a atividade econômica prevalecente, não servindo, portanto, para gerir uma sociedade cuja realidade era totalmente diversa, de natureza eminentemente urbana, tal como a existente em nosso país, por volta da terceira década do século XX.

Em face deste descompasso entre a evolução social e a ordem civilista brasileira, começaram a surgir leis específicas para regular as novas situações jurídicas outrora inexistentes, cuja solução não encontrava respaldo no estatuto de 1916. Desse modo, vê-se que ao Código restou, portanto, uma aplicação subsidiária, intervindo somente naquilo que as leis extravagantes nada dispusessem.

Nesse prisma, alguns doutrinadores relatam que o direito civil perdera a sua unidade, e que somente reorganizar-se-ia por meio de uma nova ordem jurídica que, pautado em um

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa nº 141, janeiro/março 1999.

²⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68.

patamar superior ao das legislações ordinárias, fizesse com que todos os ramos do Direito Civil fossem permeados por valores comuns.

Tal homogeneidade de valores somente aparece em 1988, com a nova Constituição Federal, que trouxe uma série de princípios comuns a todos os ramos do direito, formando uma *unidade* de ordenamento jurídico²⁵.

De fato, com o advento da Magna Carta de 1988, pode-se afirmar que houve uma reunificação do direito civil, cujos preceitos passam, agora, a ser harmonizados por meio de um novo sistema jurídico (no qual são inseridos direitos tidos como “fundamentais”). As regras civilistas deixam de ter, com sua única e exclusiva fonte normativa, o Código Civil, e passam a ter, como disciplinamento, um conjunto de normas traçadas, também, pela Constituição Federal.

Nesse sentido, sustenta Gustavo Tepedino²⁶ que

(...) as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista.

2. O Código Civil de 2002

Oriundo do projeto iniciado em 1975, o novo Código Civil sofre a influência dos direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna de 1988, dando, ao Direito Civil, novas diretrizes, tais como a aplicabilidade, a eticidade e a socialidade.

O patrimônio deixa de ser o centro por excelência do direito privado, que, por conseguinte, volta-se para a proteção da dignidade da pessoa humana, em um nítido processo de “repersonificação”²⁷.

O *pacta sunt servanda*, que por anos dominou o pensamento civilista na concepção das relações contratuais, sofre uma intensa mitigação de seus efeitos, permitindo a revisão,

²⁵ Esta visão de unidade de ordenamento jurídico se consubstancia na integração interpretativa que o jurista deve realizar ao estudar as normas jurídicas calcadas na legislação infraconstitucional, em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, formando um sistema uno. Sobre este aspecto, Gustavo Tepedino pondera que: “O sistema jurídico, bem ao contrário, há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento”, in TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e a ordem pública na legalidade constitucional*, In Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e a ordem pública na legalidade constitucional*, In Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

pelo Estado-juiz, de cláusulas contratuais consideradas abusivas, ou, até mesmo, a sua própria resolução, nos casos em que suas prestações se tornem excessivamente onerosas para uma das partes (teoria da imprevisão).

Como dito, o direito civil deixa de ser emanado exclusivamente pelo Código Civil, vez que se encontra respaldado na própria Constituição da República, que, por sua vez, ao inserir normas pertinentes aos direitos e garantias fundamentais, passa a ser o centro do sistema jurídico, retomando à sua posição de astro rei, dilapidando feixes de luz que servem de guia para a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional, inclusive (e especialmente) no que diz respeito ao direito contratual.

Esse processo de constitucionalização do direito civil demonstra o declínio da barreira existente entre o direito público e privado, tal como reporta Georges Ripert²⁸, fazendo com que as relações jurídicas, mesmo que estritamente particulares, sejam confeccionadas à luz dos preceitos estabelecidos pela Lei Maior²⁹.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino³⁰ afirma que torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado, bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil.

Neste prisma, pode-se afirmar que o rompimento da barreira existente entre o público e o privado, bem como a onda de constitucionalização das relações jurídicas predominantemente privadas, culminou em uma nova concepção de contrato, cujo aspecto econômico adquire uma feição social (particularmente contextualizada através da função social do contrato e da idéia de deveres anexos, que serão comentados no tópico seguinte), legitimadora da intervenção estatal.

3. A função social do contrato e a idéia de deveres anexos

Como ressaltado nas linhas anteriores, o novo Código Civil traz, em sua exegese, a diretriz da socialidade, cujo conteúdo consiste em suprimir a idéia individualista preconizada pelo ordenamento anterior, promovendo um espírito de coletividade nas relações jurídicas, mesmo que tais relações digam respeito a situações de cunho eminentemente privado.

²⁸ Apud FEITOSA, Maria Luíza P. de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

²⁹ Em vista da unidade que se deve revelar o ordenamento jurídico, esclarece Tepedino que “tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas”. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. nota nº 08.

³⁰ Op. cit. p. 230.

Assim, um mero contrato de locação, por exemplo, cujos efeitos, em tese, somente interessariam às partes envolvidas (locador e locatário), poderá sofrer a ingerência do Estado sempre que de tal acordo resulte, direta ou indiretamente, uma desarmonia no convívio social. Conforme pondera Paulo Lôbo³¹,

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.

O novo regramento exige que as convenções particulares devam sempre buscar meios para cumprir a sua função social, que constitui, na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, “sua razão de ser” ou “seu escopo existencial”³².

Interessante notar que o novel diploma não traz, em seu bojo, um conceito de função social de forma clara e precisa. Trata-se, na verdade, de uma cláusula aberta, cuja conotação depende necessariamente da análise do caso concreto. Assim, ao julgador incumbe a missão de apreciar a presença (ou não) da função social nos contratos que lhe são submetidos, valendo-se, para tal fim, dos corolários constitucionais referentes tanto aos direitos fundamentais, como nos princípios que regem a ordem econômica.

Eis a razão pela qual Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³³ asseveram, ao tratar do contrato e sua função social, que é preciso, “de logo, ressaltar que a *função social do contrato* traduz conceito sobremaneira aberto e indeterminado, impossível de delimitar *aprioristicamente*”.

Ao lado da função social, o Código determina que as partes devem observar, na celebração do contrato, os preceitos da boa-fé objetiva, como consequência da aplicação diretriz da *eticidade* no novo ordenamento civil.

Este regramento vem previsto no art. 422 do estatuto civilista, que assim dispõe: art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto; HERNANI FERREIRA, Aparecido (coord.). *O novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003. p.85.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³³ Op. cit. p. 46.

Assim como a função social, a boa-fé objetiva também é um preceito normativo aberto, cuja configuração depende da análise do caso concreto. A diferença entre ambas está nos efeitos que cada qual produz, vez que a função social gera consequências exógenas, ou seja, do contrato para a sociedade, ao passo que a boa-fé objetiva possui repercussão endógena, é dizer, do contrato para as partes contraentes em si, como forma de manter-se o equilíbrio material do acordo.

A inovação trazida através de tais conceitos, que tornam bastante nítidas as distinções entre o código de 1916 e o atual, diz respeito ao fato de que a inobservância dos preceitos sociais do contrato, cristalizados, sobretudo, na idéia de função social e boa fé objetiva, tem o condão de resultar no inadimplemento do mesmo, *ainda que não haja estipulação expressa das partes neste sentido*.

Esta situação ocorre em razão de serem, ditos corolários, considerados *deveres anexos*, compelindo às partes a sua observância, mesmo que inexistia um ajuste, entre os particulares, expressamente previsto no contrato no momento de sua celebração.

Este entendimento vem disposto no Enunciado normativo nº. 24 da Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido entre 11 a 13 de setembro de 2002, cujo teor descreve: enunciado 24: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Igualmente, no que tange ao *momento* de aplicação de tais preceitos, insta ressaltar que, muito embora o art. 422 do Código Civil disponha que as partes devam observar, tanto na *celebração*, quanto na *execução* dos contratos, os princípios trazidos pela boa-fé objetiva, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que referidos corolários devem ser respeitados tanto na fase prévia, como na fase pós-contratual.

Com efeito, noticia o Enunciado nº. 25 do STJ que: Enunciado 25: “Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”

Referido enunciado traduz a aplicação, no direito brasileiro, da teoria do *venire contra factum proprio* e da *culpa pos factum finitum*. O primeiro corresponde à responsabilidade derivada em razão do não cumprimento, por uma das partes, de uma obrigação a qual, com seu comportamento, se comprometera a fazer, gerando, em relação à outra parte, uma presunção (quase absoluta) de que agiria de um determinado modo, quando, na verdade, outro seria o seu intento.

Se, a título de ilustração, comprometo-me a comprar determinado bem e, pela minha conduta, crio uma presunção de que honrarei meu compromisso, não posso recuar para, escusando-me pela inexistência de um contrato previamente firmado, fugir da oferta que antes lancei, pois que, com o meu comportamento, fiz surgir uma expectativa plausível para o vendedor, que, em razão disto, tenha, por exemplo, deixado de efetuar a venda a uma outra pessoa.

Já a segunda teoria diz respeito ao dever das partes em manter a preservação dos efeitos do negócio, mesmo que o mútuo tenha chegado ao seu termo. Se, por exemplo, trabalho em uma determinada companhia industrial, e o meu contrato com a empresa termina, dita circunstância não me autoriza a revelar os segredos profissionais que lá obtive, pelo fato de que, se assim o fizer, estarei incidindo em culpa pós-contratual.

O que interessa asseverar, neste ponto, é que a análise, pelo Estado-juiz, da responsabilidade contratual (como também pré ou pós-contratual) pelo inadimplemento de deveres anexos (função social do contrato e boa-fé objetiva) configura uma substancial inovação do direito dos contratos, pois permite que o juiz, com base em interesses nitidamente sociais, pronuncie a invalidação de um determinado contrato, independentemente da vontade das partes.

Na verdade, esta regulação estatal na seara contratual passou a ser admitida, como bem se viu, através de um longo processo de socialização do Direito Privado, cujos efeitos partiram, também, da delimitação de uma nova ordem constitucional econômica, na qual, de um lado, se estabeleceu uma série de princípios fundamentais coletivos, e, de outro, redefiniu a estruturação e a atuação do Estado na economia.

Dada à relevante importância presente na relação Estado/economia, faz-se mister dispensar-lhe um novo tópico.

4. O papel do Estado na ordem econômica

Não há dúvida de que o contrato configura, nos termos da acepção de Roppo³⁴, um instrumento de operação econômica. As relações contratuais dinamizam a economia, no sentido de que a circulação de todos os bens e serviços, movimentando o mercado, pressupõe a existência de um contrato, escrito ou verbal, que lhes dê suporte e viabilidade.

Neste aspecto, a função exercida pelo Estado na ordem econômica deve, inexoravelmente, repercutir efeitos também na esfera das relações jurídicas privadas, visto

³⁴ ROPPO, Enzo. *Il contratto*, Apud ALENCAR, Maria Luíza. *Paradigmas inconclusos...* (op. cit. nota nº. 08)

que o dinamismo econômico, fiscalizado e regulado pela figura estatal, encontra-se umbilicalmente ligado à observância, pelos particulares, da função social inerente aos contratos por eles pactuados.

Todavia, insta ressaltar que o disciplinamento da ordem econômica, dentro de um contexto constitucional positivo, operou-se, no decorrer dos tempos, sob várias facetas, de acordo com o momento político/econômico evidenciado pelo Estado.

Na Constituição imperial de 1824, por exemplo, o ideal liberalista, insculpido no contexto histórico vivenciado na época, levou o texto constitucional a adotar normas cujo escopo objetivava abraçar a política do *laisse faire*, deixando que os particulares (e, por conseguinte, o mercado) disciplinassem irrestritamente suas relações jurídicas, sob os auspícios da pretensa hegemonia do princípio da liberdade.

Daí a razão pela qual, nas palavras de João Bosco da Fonseca³⁵, o liberalismo ter sido “o movimento que tomou como objetivo defender a liberdade, quer no plano *político* quer no *econômico*, transformando um movimento de idéias em *ideologia*”, e que “essa defesa se processou no *plano formal*, independentemente da consideração da situação real que envolve os indivíduos” (grifos no original).

Com a proclamação da República, e a promulgação da Constituição de 1891, a natureza política também não se altera. Os aspectos liberalizantes, consagrados na autonomia da vontade e no uso irrestrito da propriedade, continuaram presentes no texto constitucional, cujas maiores alterações restringiram-se na adoção de um modelo federativo de Estado.

Somente com a Carta de 1934 tem-se um título dedicado à “Ordem econômica e social”. Em meio aos movimentos socialistas difundidos no mundo ocidental, bem como sob a influência das Constituições mexicana (1917) e da República de Weimar (1919), a nossa Magna Carta de 1934 rompe com o liberalismo reinante do século anterior, adaptando seus princípios (que não foram, vale frisar, totalmente abandonados³⁶) à nova ordem política vigente e alterando o papel do Estado em relação à sociedade.

³⁵ *Op. cit.*, p. 102.

³⁶ Embora tenha havido uma forte mudança de paradigma, não se pode afirmar que os princípios liberais foram totalmente abandonados, mas sim adaptados à nova ordem jurídica vigente. Neste aspecto, vale transcrever as palavras da professora Maria Luiza Alencar: “Assim, a positivação dos princípios da boa fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato, característicos da inclusão em sede contratual, de fatores sociais, estranhos aos métodos de interpretação próprios da teoria clássica, alteram o perfil do instituto **mas não determinaram a superação dos princípios liberais**. Significa que estes continuam presentes, inclusive nos contratos que envolvem relações de consumo. Ocorre que, mais uma vez, o contrato se ajusta aos tempos e se mantém: a autonomia da vontade não pode mais significar o mito do acordo de vontade entre partes livres e iguais e nem pode, por outro lado, ser afastada em nome de um intervencionismo rígido. Tampouco pode servir aos interesses transitórios do órgão público, o que acabaria resultando em incerteza jurídica” (destaque nosso). *Op. cit.* p. 322.

Essa relação é mantida na Constituição de 1937, malgrado seu momento político configure um regime ditatorial. Alguns de seus artigos versavam sobre a ordem econômica, sendo, neste ponto, a primeira Constituição a tratar da intervenção estatal na economia, limitando-a, todavia, aos casos em que o setor privado se apresentasse deficientemente.

Inspirada pela legislação antitruste norte-americana, o texto constitucional de 1946 abarca a repreensão, pelo Estado, do abuso do poder econômico. E, com a Constituição de 1967, o Estado assume o compromisso de promover o desenvolvimento nacional, sendo estabelecido, pela primeira vez, a possibilidade de serem instituídas as regiões metropolitanas, visando favorecer os municípios que fazem parte do mesmo contexto socioeconômico³⁷.

Vislumbra-se, portanto, que os últimos textos constitucionais revelam uma acentuada inclinação para a atuação estatal cada vez mais precisa no campo social, surtindo efeitos nos preceitos contratuais que comandavam a vida privada, tais como a redução da autonomia irrestrita da vontade e do uso da propriedade.

No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo³⁸, “tem-se a redução do espaço da autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos”, agora no contexto de uma nova ordem econômica.

Consolidando esta tutela jurídica, a Constituição de 1988 insere, no texto econômico atual, uma ampla relação de preceitos sociais. O art. 170, ao tratar dos princípios constitucionais da ordem econômica e financeira, estabelece que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Percebe-se, da análise do aludido dispositivo, que questões como livre concorrência, direitos do consumidor, defesa do meio ambiente, observância da legislação trabalhista,

³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino. Op. Cit. p. 123.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit.

função social da propriedade, etc., formam um arcabouço jurídico social que deve, inexoravelmente, estar presente na formulação de todos os contratos, por dizerem respeito ao conjunto de deveres anexos inseridos em cada relação.

A autonomia de vontade, caracterizada na formulação de um contrato, ganha limites outrora desconhecidos, estabelecidos pela necessidade de se manter a função social que o referido contrato tem por dever cumprir.

Observa Gustavo Tepedino³⁹ que

À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e dos objetivos da República acima transcritos. Extrai-se daí a definição da função social dos contratos, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, entre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho.

Referidos corolários servem de alicerce para o intérprete da norma, ao lado da disciplina trazida pelo novo Código Civil, para fins de definição dos deveres anexos presentes nos contratos.

Contudo, a análise de tais ponderações pode suscitar um aparente antagonismo entre as normas que regem a matéria. Com efeito, como conciliar o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a liberdade contratual com as idéias de função social e regulação estatal da economia? Existiriam limites para essa ação estatal no mundo das relações privadas? Como justificar a presença de segurança jurídica em um contrato cujo conteúdo possa, a qualquer momento, vir a ser alterado pelo Judiciário?

Estas questões, por configurarem um ponto crucial do trabalho, serão debatidas logo em seguir.

5. O aparente antagonismo

Não há dúvidas de que a inserção desse contexto econômico e social nas relações jurídicas privadas (mitigando, de certa forma, a liberdade contratual para fins de adaptá-la à

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

concepção de *socialidade*), pode comprometer a segurança jurídica dos contraentes, que, após pactuarem e formalizarem um acordo (segundo às suas vontades), podem, a qualquer momento, ser surpreendidos pela intervenção do Estado no âmbito da aplicação do mesmo.

Neste diapasão, insta-se questionar quais seriam (caso existentes) os limites do Estado em relação à autonomia da vontade dos particulares, e como poder-se-ia conciliar princípios (constitucionais, frise-se) aparentemente tão antagônicos, tais como o direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, no contexto dessa nova ordem sócio-econômica.

Na verdade, o cerne do debate consiste em saber até que ponto o Estado pode intervir nos contratos, e, frustrando os interesses dos agentes econômicos mais poderosos, determinar a sua adaptação aos corolários que a função social impõe.

Antes de adentrarmos na essência da discussão, urge salientarmos que os agentes econômicos privados detêm certo poder econômico sobre o mercado, consistindo em uma espécie de “poder privado”, cujas diretrizes *precisam* ter suas arestas aparadas por um ente regulador.

O reconhecimento deste “poder” privado é particularmente aduzido por Gerard Farjat⁴⁰, ao visualizar que “*le droit économique est essentiellement le droit des gouvernants ou des décideurs de l'économie*”. Assim, a regulação estatal na seara privada torna-se necessária para o direcionamento dos interesses sociais, uma vez que, do contrário, estaríamos nas mãos dos grandes detentores do poder econômico, cujo objetivo primordial é, sem dúvida, a grande concentração de riquezas, mesmo que tais pretensões sejam adquiridas em detrimento das leis de proteção ambiental, do consumidor, etc.

Embora seja importante destacar a procedência dos argumentos que asseveram que a insurgência estatal deva ser ponderada, é de ressaltar que a sua total ausência implicaria em deixar os cidadãos entregues às regras do mercado, dirigido por agentes econômicos detentores de “poderes privados”, cujos interesses não correspondem aos mesmos da coletividade. A ocorrência desta situação, por certo, implicaria em renúncia a todos os direitos fundamentais conquistados, bem como da idéia de deveres anexos, alcançados por meio de longo processo de evolução social.

Desse modo, reconhecendo que a atuação estatal afigura-se (sempre) indispensável, faz-se mister que se estabeleçam determinados *pontos* específicos, sobre os quais dita atuação possa revelar-se mais ou menos iminente, a depender da análise do caso concreto.

Nesta seara, analisando o conteúdo social visado pela Constituição, através de seus fundamentos, objetivos e corolários, percebe-se que as situações nas quais se verificam uma

⁴⁰ FARJAT, Gerard. *Pour un droit économique*. 2.ed. PUF: Paris, 2004.

maior incidência de desproporcionalidade entre as partes pactuantes, bem como a presença de um interesse comum de mais valor (tal como o meio ambiente, a livre concorrência, etc.), ensejam, em consequência, uma maior proteção estatal, no afã de se manter o equilíbrio substancial e a função social do contrato.

Em casos tais, legítima se mostra a sua intervenção da maneira mais ampla possível.

Em contrapartida, nos casos em que tais circunstâncias não são evidenciadas, é possível aceitar que a atuação estatal tenha sua intensidade relativamente mitigada (mas nunca, sob qualquer pretexto, excluída).

Este parece ser o mesmo entendimento de Maria Luiza Alencar⁴¹, que, em conclusão de sua tese de doutoramento, estabelece que

A tutela do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o reequilíbrio social no âmbito macroeconômico (pela coibição dos abusos contra a livre concorrência) ou no contexto das microrelações de natureza privada, esfera jusprivatística dos contratos (no sentido de coibir efeitos contratuais nocivos), são apontados no trabalho como campos de ação férteis e receptivos à intervenção da estatalidade. (...) O que importa é saber de que modo os Estados se adaptam às novas pressões do mercado e se estarão prontos para agir, como devem, nos setores onde sua presença se revela insubstituível.

Deveras, a atuação estatal no domínio privado, nas hipóteses apontadas, jamais pode excluída em quaisquer situações, mesmo que isto possa implicar em uma restrição da autonomia da vontade.

A função social, caracterizada na constituição econômica, deve ser vista como a ponte que liga o desenvolvimento industrial à observância da dignidade da pessoa humana, não se podendo mais aceitar a visão estritamente capitalista delineada na fase liberal já findada no curso de nossa história, segundo a qual os valores sociais eram deixados em segundo plano.

Considerações Finais

Podemos, assim, concluir este trabalho asseverando a necessidade de se proteger os paradigmas sociais presentes na Constituição da República, mormente os que estão previstos no título que trata da ordem econômica.

Enquanto não alcançarmos uma sociedade plenamente justa, cujos interesses coletivos sobreponham, de fato, os interesses individuais (consubstanciados na obtenção de

⁴¹ Op. cit. p. 555.

riquezas em detrimento do meio ambiente, dos direitos do consumidor, das relações laborais, etc.), não nos parece haver alternativa senão outorgar ao Estado a função de “defensor da sociedade”, mesmo que essa milagrosa função reste comprometida pelas pessoas públicas que o governam.

O comprometimento do desenvolvimento econômico não pode servir de pretexto para o retorno da absoluta supremacia da autonomia de vontade, calcada nos ideais presentes na época do liberalismo econômico, em detrimento das conquistas sociais duramente perpetradas. Eis a razão pela qual a função social necessita da proteção estatal, vez que, de outro modo, não conseguiria cumprir os seus desideratos.

À guisa de conclusão, correta se faz a análise de Daniele Vasconcelos Gomes⁴², ao asseverar que

Com base na função social, também não se admite mais que a empresa busque apenas o lucro e o desenvolvimento econômico. Atualmente, a empresa ao desenvolver suas atividades, deve procurar também o desenvolvimento social, incluindo a criação e a manutenção de empregos, a preservação do meio ambiente, o incentivo à educação, à cultura e ao consumo consciente.

REFERÊNCIAS

- BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DUQUE, Bruna Lyra. *A revisão dos contratos e a teoria da imprevisão: uma releitura do Direito contratual à luz do princípio da socialidade*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 8, maio – junho, 2007, p. 258-277. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>
- FARJAT, Gerard. *Pour un droit économique*. 2.ed. PUF: Paris, 2004.
- FEITOSA, Maria Luíza P. de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra editora, 2007
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- GOMES, Daniele Vasconcelos. *Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo*. In Revista Desenvolvimento em Questão, janeiro-junho vol. 04 nº 007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa nº 141, janeiro/março 1999.
- _____; FERREIRA, Aparecido Hernani (coord.). *O novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003. p.85.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 2.ed. Coimbra editora: Coimbra, 1988

⁴² GOMES, Daniele Vasconcelos. *Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo*. In Revista Desenvolvimento em Questão, janeiro-junho vol. 04 nº 007, p. 128.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.133.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e a ordem pública na legalidade constitucional*, In Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.

_____ (coord.). *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Quanto à Inviolabilidade do Direito à Vida do Nascituro e o Descumprimento de Preceito Fundamental

Priscila Kate Alves dos Santos*
Lucrécio Araújo Sá Junior**

RESUMO: Esta pesquisa visa apresentar argumentos filosóficos e legais a fim de esclarecer dúvidas que norteiam questões referentes à não legalização da prática abortiva, que à luz da jurisprudência fere princípios e preceitos constitucionais fundamentais, os quais garantem a inviolabilidade do direito à vida. Para tanto este estudo, volta-se ainda a uma análise doutrinária do tema vinculando-se ao princípio de responsabilidade estabelecido por Hans Jonas. Aqui se evidencia a preocupação com os problemas gerados pela prática abortiva dada a sua legalização.

Palavras-chave: aborto; princípios constitucionais; não legalização; responsabilidade.

ABSTRACT: This research aims to present philosophical and legal arguments by the way to clarify doubts that guide the not legalization of abortion practice, the light of case jurisprudence which hurts fundamental constitutional principles, which guarantee the inviolability of the right to life. Therefore this study, they are still a doctrinal analysis of the theme linking to the principle of liability established by Hans Jonas. This highlights the concern with the problems generated by practice abortion because of its legalization.

Keywords: abortion; principles constitutional; not legalization; responsibility.

Considerações Iniciais

Immanuel Kant, em sua fundamentação filosófica quanto ao comportamento ético e moral do homem, nos traz grande contribuição no que diz respeito à responsabilidade, levando-nos a uma postura *consciente, autônoma e racional* no campo das ações. O conceito ético doutrinário de Kant estabelecido na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* implica dizer que, para imputarmos responsabilidade a uma conduta, deve-se pesar o dever moral

* Estudante do Curso de Bacharelado em Direito, atualmente desenvolve pesquisas acadêmicas na área de Epistemologia Jurídica, Filosofia jurídica e Sociologia; junto ao Programa de Apoio a Iniciação Científica da FESP – Faculdades de Ensino Superior da Paraíba.

** Doutorando do Programa em Ciência da Língua – PROLING/UFPB – com estágio na Universidade de Lisboa. Mestre em Filosofia, atualmente professor das disciplinas Filosofia Geral e Lógica Jurídica na Fesp Faculdades e Maurício de Nassau.

desta; para Kant o agente moral só pode existir se preencher as seguintes condições que representam os princípios da responsabilidade:

- Ser consciente de si e dos outros, ser capaz de percebê-los iguais a si;
- Ser dotado de vontade consciente:

a) De capacidade para controlar e orientar desejos, impulsos, tendências, paixões, sentimentos para que esteja de acordo com as normas e os valores ou virtudes reconhecidas pela consciência moral;

b) De capacidade para deliberar e decidir entre várias alternativas possíveis.

• Ser livre, isto é, capaz de oferecer-se como causa interna de suas ações; poder se autodeterminar;

• Reconhecer-se como autor de sua ação, avaliar os efeitos e conseqüências dela sobre si e sobre os outros, assumi-la bem como às suas conseqüências, respondendo por elas.

Destarte, sobre a **inviolabilidade do direito à vida** duas perguntas são fundamentais nesta abordagem: primeiramente que condições são necessárias e suficientes para que se impute a uma mulher grávida responsabilidade moral acerca da vida de outrem que traz consigo em seu ventre? Segundo, em que momento pode-se imputar ou isentar total ou parcialmente um indivíduo da responsabilidade de gerar um ser contra vontade?

Para a primeira pergunta, referentemente ao “*princípio da responsabilidade*”, algumas acepções postas por Vázquez (2006) numa interpretação à análise Kantiana dizem que seriam as que condicionam o dever do sujeito em não ignorar as circunstâncias nem as **conseqüências da sua ação**; isto implica dizer que, o comportamento deve possuir um caráter consciente. Levando esta abordagem à problemática do aborto, percebe-se que esta ação representa conseqüências ignoradas pelo agente que o faz, desrespeitando as condições e os direitos do nascituro. E ao perguntar sobre imputação de responsabilidade quanto ao ato de abortar, apenas uma vontade é respeitada, esta que representa a da mulher; não havendo questionamento da vontade do ser vindouro (ainda diante de algumas teorias científicas sequer podendo ser denominado como um ser).

Agora, em outro parâmetro, analisemos a perspectiva acerca da responsabilidade tomada por Hans Jonas, que não atinge apenas a nossa condição humana presente, mas também as gerações futuras. Para Hans Jonas, nenhuma ação do presente deve comprometer a sobrevivência posterior ou futura. Partindo do pressuposto de que a **ética da**

responsabilidade é fundamentada numa metafísica da restituição axiológica da natureza para o futuro da humanidade, Hans Jonas apresenta preocupação centrada numa **posterioridade longínqua**.

Nesta preocupação com o futuro da humanidade podemos então introduzir a abordagem do aborto, como ameaça e violação dos direitos de um ser que ainda está a vir, e que embora não possa exercer seus direitos diretamente, estes devem ser garantidos e preservados legalmente, ainda que o direito de nascer seja imputado à mãe enquanto a vida intra-uterina. E, mesmo que alguns possam alegar ser a mulher dona de seu corpo e ter direitos sobre o mesmo, implica-nos mencionar que esta ao ter dentro de si uma vida, leva em seu corpo outro corpo, que não é de sua “propriedade”, devendo respeitar seus limites existenciais. É nesse contexto que o **biodireito** deve adequar às respostas das indagações bioéticas, **normas jurídicas essenciais**.

Ora, o **princípio da responsabilidade** de Hans Jonas fundamenta-se em: agir de tal modo que os efeitos de nossa ação sejam compatíveis com a preservação **da natureza, da vida, do homem**. Prontamente, entram as questões Constitucionais e Infraconstitucionais que abarcam sentido **contrário à legalização do Aborto**, em virtude de vários direitos que asseguram **a inviolabilidade da vida humana**, o que dá embasamento para contestar a proposta de legalização do aborto, evidenciando não somente a inconstitucionalidade de legalizar a violação da existência intra-uterina, mas também, os graves riscos que a gestante pode sofrer por consequência da prática abortiva.

1. Bioética e biodireito: Responsabilidade antrópica e social

Após observarmos de maneira resumida o **princípio da responsabilidade** em Hans Jonas, é necessário destrinchar no que de fato se aplica este princípio referente à inviolabilidade da vida intra-uterina nos dias atuais. Logo, devemos necessariamente conceituar os termos **bioética e o biodireito**.

Segundo Nalini (2008) utilizado em 1971, nos Estados Unidos, pelo Cancerologista **Van Rensselder Potter**, o termo bioética designou um projeto de utilização da ciência biológica destinada a “**ciência da sobrevivência**” no intuito de melhorar a qualidade de vida; e assim este conceito se ampliou para significar a **ética das ciências da vida**. Já Mendonça (2007) mostra-nos a raiz do surgimento do termo bioética, que, em 1970, fora proposto por **Potter** para uma correção quanto às **ações antrópicas** em seus efeitos sobre a vida na natureza, onde nós, implicitamente nos incluímos.

Segundo Volnei Garrafa (1995) a bioética se divide em duas dimensões. A primeira abarca a bioética quanto às *situações persistentes*, destinado os temas aparentemente insolúveis, **como o aborto, a eutanásia o racismo, a exclusão social e a discriminação**. A segunda envolve a bioética das *situações emergentes*, examinando as controvérsias decorrentes com o acelerado avanço das descobertas biomédicas em confronto com os Direitos humanos e os limites da cidadania.

Sucintamente, podemos dizer que a bioética estuda a moralidade da conduta humana no que abrange a área das ciências da vida. E sabendo que são diversos os campos que envolvem a bioética, a real importância deste estudo é conjecturar a perspectiva da ética desvinculando qualquer apego à tecnologia e a ciência. Deste modo nos vêm à ênfase da responsabilidade ética quanto os avanços medicinais tecnológicos, onde segundo Jacqueline Russ (apud NALINI: 2008) a bioética *designa a responsabilidade* perante a humanidade futura e ainda distante que depende de nossa guarda, considerando a seara biomédica e sua aplicação. Podemos então dizer que se trata da garantia de **controlar o controle** ou o poder sobre o poder.

Prontamente por serem inúmeras as questões e indagações da bioética, surge assim, o **biodireito**, este que se compreende pelo estudo jurídico que se baseia nas fontes da bioética e também da biogenética, tendo a vida como seu objeto principal de análise, e, sobretudo, elevando a essência de que **a verdade científica não poderá ser elevada se a ética e o direito estiverem abaixo ou em segundo plano**; não podendo traçar sem limites o destino da humanidade, acobertando crimes contra a – dignidade da pessoa humana – uma das condições mais importantes abraçadas pela constituição.

2. Aborto: Conceito e Fundamentação Constitucional

Em termos da bioética e do biodireito o que significa a denominação **Aborto**? Etimologicamente, o correspondente em português “**abortus**” que deriva de “**aboriri**” em latim, por sua vez, significa *morrer ou perecer*. Logo, abortar compreende a interrupção da gravidez antes do término do período natural e normal da gestação, seja cessação espontânea ou provocada, com ou não expulsão do feto.

Segundo Nalini (2008, p.195) “a tutela da vida inviabiliza a prática do aborto”, visto que, em uma digressão ao Código Civil, existe de fato proteção legal àqueles que estão a vir, bem como expresso no caput do artigo 2º, C.C., que determina o começo da personalidade civil da

pessoa, a partir do momento que nasce com vida, ainda assim, **garante desde a concepção os direitos do nascituro**.

De acordo com a teoria *Concepcionista* o nascituro já é sujeito de direitos mesmo que exercidos através de outrem; primeiramente, direito atribuído por jurisprudências, e, desde novembro de 2008 a **Lei 11.804** regula o direito a alimentos gravídicos.

Numa primeira análise Constitucional brasileira, quanto aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, no Artigo 1º, C.F., Inciso III, podemos observar a questão da **dignidade da pessoa humana**; prontamente, indagar como podemos falar em dignidade (tomemos como sinônimo a designação **respeito**), se legalizada for à prática do aborto? De tal modo, se do nascituro for violado um direito que lhe é garantido pela *Lex Mater*, destarte, sua dignidade seria ferida, e, sobretudo, desrespeitaria um princípio constitucional, o qual, para a fundamentação do verdadeiro significado de Estado Democrático de Direito se faz necessário o cumprimento daquilo que se encerra nos mandamentos da Magna Carta, e não apenas introduzir em seu conteúdo *legalidade* sem que não haja *legitimidade*.

No caput do Artigo 5º, C.F., além de outros preceitos, **é garantida a Inviolabilidade do Direito à Vida**, o que de maneira clara e sucinta, proíbe a prática abortiva antes de adentrarmos nos méritos do Código Penal, e ainda podemos analisar doutrinariamente e constitucionalmente que, esta norma, de **Eficácia Plena**, não necessita de outra norma infraconstitucional para dar-lhe sentido; determinantemente, quanto a sua aplicabilidade, de acordo com o Artigo 5º, C.F., § 1º, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.” E por fim, para que haja a possibilidade de mudança neste texto da *Lex Mater*, só é possível através do *Poder Constituinte Originário*, numa reformulação de nova Constituição, uma vez que se trata de uma **Cláusula Pétreia**, ou seja, é um texto constitucional imutável que não pode ser modificado por Emenda à Constituição. Nesta mesma acepção, o Artigo 1º igualmente se considera uma **Cláusula Pétreia**, bem como uma norma de **aplicação imediata** e de **Eficácia Plena**.

Pouco adiante, no Artigo 6º, C.F., outra análise muito importante deve ser feita para fundamentar a **não legalização** do Aborto, em virtude, da garantia de certos direitos sociais, dentre eles: **a saúde, a segurança, a proteção à maternidade e a infância**. Ora, também nos são garantidos, constitucionalmente neste mesmo Artigo, os direitos quanto **à educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social** e um dos mais importantes, **a assistência aos desamparados**. Logo, neste parâmetro, compreendemos que, não se pode argumentar a necessidade de Abortar um indivíduo por **indicação social, econômica ou eugênica**.

3. Fundamentação Infraconstitucional: Código Penal

As práticas abortivas são consideradas crime na Lei brasileira, correspondentes em nosso Ordenamento Jurídico nos Artigos do Código Penal 124, 125, 126, 127 (forma qualificada) e 128 (a não punição em casos de estupro ou necessidade como veremos a posteriori).

O Artigo 124, C.P., corresponde ao **aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**, determina pena de **detenção** de (1) um a (3) três anos; exemplificando, seria o caso de, por **meio tóxico** (mulher que toma grande quantidade de drogas “remédios” ou faz um coquetel destes para provocar o aborto); e ainda por **meio mecânico**, no caso do uso da força humana ou instrumental da gestante, por outrem ou por ela mesma.

O Artigo 125, C.P., diz respeito ao **aborto provocado por terceiro, sem consentimento** da gestante e determina pena de **detenção** de (3) três a (10) dez anos. Já o artigo 126, C.P., ainda correspondente à mesma classificação do anterior, quanto ao agente que comete o aborto, embora **com o consentimento** da gestante e prevê pena de **reclusão** de (1) um a (4) quatro anos.

Em relação ao Artigo 127 que será o qualificador dos dois Artigos anteriores, onde as penas aumentarão um terço se a gestante vir a **sofrer lesão corporal de natureza grave**; e as penas duplicarão em caso de morte, por consequência do aborto ou dos meios utilizados para o procedimento abortivo.

E por fim, o Artigo 128, C.P., diz: “Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto Necessário** Inciso I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; e **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**, Inciso II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

3.1. Classificação do Aborto

Para tal análise do Código Penal quanto o Aborto, Maria Helena Diniz, de maneira elucidativa classifica este, bem como veremos abaixo:

- a) Quanto ao seu objeto o aborto pode ser:
- i. **Ovular**: praticado até a 8.^a semana de gestação;
 - ii. **Embrionário**: praticado até a 15.^a semana de vida intra-uterina, ou seja, até o 3º mês de gravidez;
 - iii. **Fetal**: após a 15.^a semana de gestação.

Destarte, para o nosso Ordenamento Jurídico, o Aborto provocado é considerado delito, visto que, considera-se crime tirar a vida de outrem seja no útero materno seja na fase ovular, embrionária ou fetal, assim como, ao nascer no caso de infanticídio e homicídio.

b) Tipos de aborto:

- **Aborto Legal**: é o tolerado pela Lei como medida de Política Criminal. (Correspondente ao Art. 128. C.P.)

i. **Aborto necessário**: é aquele que se faz por não ter alternativa para salvar a mãe, senão sacrificando a vida do nascituro;

ii. **Aborto Sentimental**: é o aborto resultante de estupro.

- **Aborto Criminoso**: são todas as demais formas de interromper a gravidez, conceito num “sentido estreito”; e é toda **interrupção dolosa** da gravidez, num “sentido amplo”, em virtude da ratificação (validação) da possibilidade de não punir o aborto necessário e o aborto sentimental, de acordo com o *Pacto de São José da Costa Rica* (presente no Artigo 4º, C.F., Inciso II. Decreto nº 678/92 – Garantia dos direitos humanos).

c) Meios Abortivos:

- **Tóxico**: substância que tem a propriedade de envenenar; p. ex.: coquetel de drogas e ervas etc.

- **Mecânico**: Direito ou Indireto. P. ex: sucção; por percussão: chutes e murros.

Maria Helena Diniz ainda analisa uma questão muito relevante que nos mostra a não necessidade do **Aborto Necessário**, porquanto, é injustificável sua prática diante os inúmeros avanços tecnológicos na área que diz respeito à prevenção da vida do nascituro para salvar a vida da mãe; e nesta mesma vertente também existem outros meios a prevenção da gravidez em caso de estupro para não chegar a ponto de um aborto.

De acordo com este pensamento eis a explicação para tal assertiva sobre o aborto necessário:

- Existem outros meios para tentar salvar a vida da gestante;
- Nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito Letal;
- A prática abortiva poderá causar danos ainda maiores para a gestante, ao invés do prosseguimento da gestação;
- O mal causado não é inferior ao suposto mal evitado.

Complicações futuras advindas do Aborto:

- i. *Morte por embolia* (Obstrução de um vaso sanguíneo por um êmbolo “qualquer massa anormal de matéria sólida, líquida ou gasosa que pode obstruir o sistema vascular”): pois o líquido amniótico, pedaços de tecidos e coágulos podem entrar no aparelho circulatório ou nos pulmões;
- ii. *Processos Cancerígenos*;
- iii. *Perda dos ovários* (glândula sexual presente no útero responsável pela formação dos óvulos);
- iv. *Grave infecção vaginal*: em virtude dos produtos postos na vagina;
- v. *Perda do útero* (órgão onde se gera o feto): por hemorragia e infecção.

3.2. Sobre o Aborto de Anencéfalos

A Anencefalia é compreendida por uma falha no processo de formação do embrião, entre os dias da gestação correspondentes ao 16.^o e o 26.^o, onde, verifica-se a ausência variável da calota craniana, dos tecidos que a ela se sobrepõem dos hemisférios cerebrais e cerebelo.

O que se discute nos casos de Aborto dos anencéfalos, dentre alguns motivos, pode-se destacar {viés a favor}:

- a) O sofrimento da mãe;
- b) A inviabilidade da vida do nascituro;
- c) Sustenta-se uma assertiva de que não há interrupção da vida, pois o ser humano que é desprovido de cérebro não se considera pessoa.

Muito embora tenhamos os levantamentos acerca da legalização do Aborto de Anencéfalos, expostos acima, Maria Helena Diniz, indaga as seguintes questões: “como

negar a dignidade do anencéfalo, que possui todas as características da espécie humana? Não mereceria respeito o seu direito de viver o tempo que a natureza lhe concederia? Não seria preferível um parto seguido de morte do anencéfalo a submeter à mãe a um aborto seletivo, que poderia provocar-lhe alguma sequela?" {viés contra o aborto de anencéfalos}. Para tais respostas, a mesma análise constitucional deve ser feita a não legalização do Aborto sem distinção de anencéfalos e nascituros normais, bem como exposto a priori.

Embora as questões emotivas e polêmicas, geradas em torno do tema Aborto de Anencéfalos, nos é necessário entender que a **sociedade hedonista** – “hedonismo: tendência a considerar que o prazer individual e imediato é a finalidade da vida” (AURÉLIO, 2004, p. 448); portanto, é esta sociedade que eleva o prazer e despreza o sofrimento, e por esta razão, não podemos deixar de discutir os **direitos fundamentais como: da dignidade da pessoa humana, a saúde, a liberdade, a autonomia da manifestação da vontade, da legalidade, e a inviolabilidade do direito à vida**; em virtude de um combate ao endeusamento dos nossos desejos e das nossas satisfações egoísticas, em matéria social.

Em matéria jurídica tais direitos fundamentais prevêm que, a interrupção da gravidez de anencéfalo e as demais formas de cessação da gestação, configuram o crime de aborto, assim, declara-se o **descumprimento de preceito fundamental**, se legalizado for este tipo de aborto.

4. Solucionando a Questão Aborto através de Programas de Incentivo ao Planejamento Familiar e Paternidade Responsável

Muito embora exista a iniciativa de criar programas assistenciais para a população mais carente, sabe-se que estes não suprem o problema de desigualdade e ainda contribuem para o acelerado crescimento de uma população necessitada de todo tipo de assistência a uma vida digna. Como p. ex., a própria bolsa família, bolsa escola, enfim, programas que deveriam incentivar o estudo e o melhoramento de vida, acabam colaborando para um **processo associativo de acomodação**, a “lei do menor esforço”. Onde os indivíduos assistidos, se sentem confortáveis a viverem sob medidas governamentais e não assimilam quaisquer valorações moral e social, tais como o trabalho e a educação intelectual.

Vemos em nosso habitual cotidiano, mulheres que estão grávidas constantemente, crianças pedintes, numerosos casos de abuso sexual e prostituição de menores, vendas de

crianças; por fim, inúmeros são os problemas que podemos encontrar em nossa sociedade desigual, não obstante, o aborto não é a solução adequada para sanar e dirimir estes problemas.

Primeiramente, uma medida de eficácia para desacelerar a maternidade precoce e o aborto, seria a idéia de planejamento familiar. Promessa constitucional que deve ser aplicada e proporcionada, assim como encerra o Art. 226, § 7.º, C.F.: “Fundado os princípios da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, **competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito**, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.⁴

De acordo com Nalini (2008, p.199), tal planejamento deveria ser “disciplina obrigatória da escolarização formal e dos processos de educação informal permanentemente”.

É obrigação do poder público propiciar meios de esclarecimento quanto à **educação sexual**, o **planejamento familiar**, e, sobretudo, a **responsabilidade** de gerar um novo ser, responsabilidade esta, evidenciada nas considerações introdutórias, que começa bem antes de propor uma medida profilática e subsidiária, que é o aborto, imediatista e egoísta, que só prevê o benefício de uma das partes, desconsiderando os riscos que podem gerar tal ação a um dos agentes passivamente ou ativamente. Desta forma, deve-se conscientizar a população jovem, os adolescentes que vêm entrando numa vida sexual ativa cada vez mais rápida, e a toda sociedade das necessidades de uma estrutura econômica e familiar para que uma criança venha ter seus direitos garantidos.

Na insuficiência atual de valoração moral das pessoas, e ao mesmo tempo o poder público, o Estado, que por si só não se encontra promovendo as obrigações que lhe implicam, cabe à parte da sociedade mais esclarecida, a incumbência de cobrar o suprimento dessas deficiências existentes, porquanto, com um planejamento familiar e um ideal de paternidade e maternidade responsável, outros problemas além do aborto seriam dirimidos, como p. ex. erradicação da pobreza e do aumento populacional sem estrutura econômica.

Em sua obra “**O Estado Atual do Biodireito**”, Maria Helena Diniz, menciona 33 propostas voltadas a uma consciência da cidadania, aqui apenas oito de algumas consideravelmente mais importantes são evidenciadas. O que nos é ilustrativo à

⁴ Objeto de disciplina da Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 – *Planejamento Familiar* – estabelecendo penalidades e outras providências.

argumentação sobre a não legalização do aborto, uma vez que, existem formas de evitar a gravidez precoce, sem condições financeiras, sem planejamento e sem responsabilidade, quicá, maturidade. Estas são:

1. “Simplificar e disseminar a normatização sobre planejamento familiar com responsabilidade e baseada na livre decisão do casal;
2. Aperfeiçoamento de métodos publicitários para promover e divulgar planejamento familiar, saúde maternal e infantil, mediante utilização das mídias, palestras em escolas, produção e difusão de material educativo para conscientizar a população;
3. Publicação e distribuição gratuita de informativos sobre sexualidade humana e técnicas contraceptivas éticas;
4. Coordenação de todas as atividades voltadas ao planejamento familiar, por um grande comitê de que façam parte governo, ONGs, instituições, empresariado, clubes de serviço, confissões religiosas, para fazer chegar a todas as localidades e micro-regiões as técnicas de saúde pública, medicina preventiva, psicologia e assistência social, com vistas ao controle ético da natalidade e prevenção de DST - doenças sexualmente transmissíveis;
5. Formar educadores que alertam as mães e futuras mães sobre os riscos do aborto e das alternativas à sua prática;
6. O uso de clínicas ambulantes, nas periferias e áreas rurais, para prestar informações de ordem sexual e médica à população e oferecer serviços pré-natais gratuitos às mulheres;
7. Integração dos serviços de planejamento familiar nas clínicas ginecológicas e nos departamentos obstétricos de todos os hospitais públicos ou particulares;
8. Incentivo à formação de associações e ONGs para o desenvolvimento de programas de preparação para o sexo, para o casamento, assistência pré-natal, orientação pós-parto, incentivo ao aleitamento materno e outros análogos.”

Em síntese, tais medidas dizem respeito à **implantação de campanhas publicitárias** num modo geral em Todas as localidades (micro e macro comunidades); assim como, o **desenvolvimento de palestras** em escolas periféricas e privadas, a distribuição gratuita de **métodos contraceptivos éticos**, a **formação de educadores** para não só haver transmissão de informação, mas, sobretudo, conscientização da problemática; propiciar clínicas médicas ginecológicas e ambulatorios móveis nas periferias e Zonas Rurais, e por fim, **incentivar a formação de ONGs** de apoio às mulheres gestantes.

Considerações finais

No início de nosso estudo, através de um viés Filosófico vê-se que a responsabilidade moral ultrapassa a simples legalização ou positivação de uma norma jurídica, pois o indivíduo deve interiorizar os valores éticos e morais através de sua capacidade de raciocínio. Logo, uma conduta responsável é aquela que pesa os valores da sua ação, preocupa-se não apenas consigo, mas, sobretudo, com o outro, com as relações da dinâmica social humana.

Por um viés infraconstitucional, diante as argumentações expostas, pode-se concluir que mesmo em alguns casos previstos na Lei, os quais **não punem o aborto por uma valoração Político Criminal, muito bem explícito** por Diniz, como no caso do **Estupro Art. 213, C.P.**, se faz necessário uma análise bem apurada sobre o tema.

Destarte, é justo e correto prever tais circunstâncias, visto que, o ser humano em sua natureza desigual, ainda que a Lei nos torne iguais, é passível de cometer erros e não cumprir aquilo que se encerra em norma para frear os impulsos errôneos do ser. Logo, a punição correta será aplicada aos que infringem a norma jurídica e nestes casos, o *estupro e a necessidade*, não evidenciam o ânimo de abortar, uma vez que, no estupro, além de existir conjunção carnal mediante ato violento, há a gravidez por consequência não desejada; bem como a necessidade de em última instância, a gestante se submeter a um aborto para sobreviver; e ainda que não queira, este é o procedimento médico-legal a ser seguido, em virtude de não podermos dispor de nossa própria vida. O médico deve salvar àquele que tem maior chance de sobreviver. Portanto, não há descumprimento de preceito Fundamental.

Por fim, constitucionalmente, por ser a **inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, garantias fundamentais**, e acima de qualquer levantamento, *cláusulas pétreas*, não se pode falar em legalização do aborto em virtude da arguição de descumprimento de preceito fundamental. E ainda quanto a **não legalização do aborto**, deve-se, sobretudo, exigir das autoridades competentes uma **reeducação sexual** para que haja uma conscientização da responsabilidade advinda de um filho. Porquanto, os valores morais e a ignorância, de certo modo, tendem a fazer com que os indivíduos associem suas vidas por meios exclusivamente governamentais a partir de programas de assistência social. Com a reeducação familiar, planejamento familiar: paternidade e maternidade responsável, não será necessário pensar em aborto.

O que precisa ser erguido na sociedade atual com *deferência absoluta* são os valores capazes de fazer o ser social pesar e medir sua conduta ética a respeito da vida como um bem. Muitos movimentos políticos, realizados por Ong's e outros setores discutem a legalização do aborto como algo a ser decidido pela gestante. Não podemos chegar a uma visão utilitarista coisificante e simplificar o fator preponderante da existência humana numa simples indagação: abortar ou gerar um filho? Ora, se o Estado em sua competência, atendesse as necessidades básicas da sociedade, implementando políticas de melhoramento de vida e educação pautada numa conscientização social, poucos chegariam a formular a referida questão.

REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GARRAFA, Volnei. *Dimensão da Ética em Saúde Pública*. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP / Kellogg Foundation 1995,
- KANT, Immanuel. *A Metafísica Dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Ed. Brasileira.
- MENDONÇA, Carlos Ovídio Lopes de. *Bioética: Fundamentações filosóficas*. 4. ed. João Pessoa: Sal da Terra, 2007.
- NALINI, Renato José. *A ética geral e profissional*. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2008.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 11 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo do trabalho segundo o exemplo: ...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar *idem*, ou *idem*, *Ibidem*. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo precede o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: 12 a 15 páginas.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175

Email para envio de artigos:

revistadafesp@gmail.com



fesp
Faculdades

Venha fazer parte desta equipe.

**Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º Piso Manaíra Shopping
Manaíra - João Pessoa - PB - CEP: 58.037-000
Tel. 83 2106 6175**