

INÁCIO VACCHIANO

RAZOABILIDADE: O PRINCÍPIO ASPECTOS ESTRUTURAIS

Monografia apresentada à banca examinadora da UFMS - Universidade Federal do Estado de Mato Grosso do Sul como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em em direito, sob a orientação do Prof. Fernando Filho Albuquerque Marques.

Campo Grande – MS

2004

Inácio Vacchiano

**RAZOABILIDADE: O PRINCÍPIO
ASPECTOS ESTRUTURAIS**

Objetivo: Desvelar os elementos estruturais do princípio da razoabilidade.

**Universidade Federal do Estado do Mato Grosso do Sul
Campus de Campo Grande**

Curso de Direito.

Data de aprovação: 09 de dezembro de 2004 Nota 8,8

Prof. Fernando Filho Albuquerque Marques:... _____

Prof. Sílvio Lobo Filho:..... _____

Prof. Hiran Sebastião Meneghelli Filho:..... _____

RESUMO

A presente obra tem por objeto encontrar alguns dos subprincípio componentes do Princípio da Razoabilidade, demonstrando concomitantemente que a razoabilidade é o princípio mestre, fundamento dos demais. Para tanto incluímos entre seus elementos os subprincípios 1) do bom senso que trata da natureza intrínseca do sujeito promotor do ato, sejam pelos aspectos do respeito, do equilíbrio e da humildade; 2) do interesse, que visa analisar os aspectos relacionais do sujeito com o objeto; 3) da logicidade, que busca auxiliar o sujeito na elaboração dos juízo através de métodos práticos; 4) da proporcionalidade tratando da ponderação dos interesses mais pelo aspecto teleológico que outro qualquer, sendo que neste tópico inserimos uma inovação a fórmula Maquiavélica, de forma, que possa tornar-se legítima ante os diversos interesses existentes; 5) do juízo onde foram feitas várias considerações acerca da clareza, da evidência e de seus vícios; 6) inovamos o princípio da translatividade ao analisamo-lo sob o prisma filosófico, de formas que possa alcançar a devida legitimidade com o tempo, e por fim, tratamos 7) do princípio da finalidade em que se preza ao encontro da causa e do fim sendo que para tanto, foi tratado em um tópico a parte o subprincípio da coerência por estar relacionado ao nexos de causalidade e ao próprio princípio da finalidade enquanto que vinculado a um liame harmônico.

O principal método utilizado nesta obra foi o comparativo, eis que se procurou mesclar a ciência do direito e a filosofia, no intuito de que deste casamento o instituto dos princípios possa realmente ser a base para formação de todo o ordenamento jurídico, resultando disto que, mesmo que uma regra não esteja positivada, pela análise estrutural e objetiva dos princípios, possa se extrair daí, uma regra derivada sem insurgir-se contra o órgão legislador (legislar negativamente).

Palavras chaves: RAZOABILIDADE – PROPORCIONALIDADE – FINALIDADE

ABSTRACT

The present researches goal is to find out some of the Reasonability Principle's sub principles, showing concomitantly that reasonability is the master principle, support for the other ones. Therefore it was included among its elements the sub principles: 1) of good sense that studies the acting citizen internal nature, of respect, balance and modesty; 2) of interests, that aim at analyzes the related aspects between the citizen and the object; 3) of rationality, that aim at help the citizen in the improvement of judgement towards practical methods; 4) of proportionality treating of the interests ponderation more by the teleological aspects than any other one, so in this topic it was insert an innovation to the Machiavellian formula so it is possible to become lawfully before the several interests; 5) of judgement where were made many consideration about the explicitness, of evidence and their faults; 6) we innovate the postponed principle when we analyze it by the philosophy view, so it is possible to reach the due legitimacy, and at last is was studied 7) the finality principle of the conjuncture between cause and aim, and for that it was treated apart the sub principle of congruence since it is related to the nexus of causality and the very finality principle as linked to an harmonic bond.

The principal method used in this research was the relative one, here it was mixed the law science and the philosophy, with the propose that, from this combination, the fundamental rules of principles could really become the basis to the whole juridical ordering constitution, proceeding that, even when a rule is not definite, from the structural and objective analyze it is possible to extract from there a secondary rule without resist against the Legislative Assembly (legislate negatively).

Key-words: REASONABILITY – PROPORTIONALITY - FINALITY

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 Razoabilidade no Direito e na Filosofia	11
2 Bom senso	13
2.1 Elementos.....	14
2.1.1 Respeito.....	14
2.1.2 Equilíbrio (proporcionalidade).....	15
2.1.3 Pessoa normal.....	16
2.1.4 Humildade.....	16
2.1.5 Conhecimento prévio.....	17
2.2 Nosso conceito.....	17
3 Princípio da Boa fé objetiva	18
3.1 Conceitos iniciais.....	19
3.1.1 Boa fé	19
3.1.2 Boa fé subjetiva	20
3.1.3 Boa fé objetiva	21
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	21
3.2.1 Materiais	21
3.2.2 Efeito formal temporal.....	23
3.2.3 Elementos funcionais.....	24
3.2.4 Elementos teleológicos.....	26
3.3 Conceitos finais relativos a boa fé	29
3.3.1 Boa fé subjetiva	29
3.3.2 Boa fé objetiva	29
4 Subprincípio do interesse.....	30
4.1 Aspectos de abordagem	31
4.1.1 Subjetivo	31
4.1.2 Objetivo.....	32
4.2 Busca do interesse.....	32
4.3 Natureza do interesse	32
4.3.1 Natureza jurídica.....	32
4.4 Elementos constitutivos.....	32
4.4.1 Sujeito.....	33
4.4.2 Objeto	36
4.4.3 Relação.....	40

4.4.4	Teleológicos.....	40
4.5	Nosso conceito.....	41
5	Subprincípio da legitimidade dos atos.....	42
5.1	Objetivo.....	42
5.2	Legalidade x legitimidade x ilicitude.....	43
5.3	Procedimentais.....	43
5.4	A Legitimidade.....	43
6	Elementos Lógicos da Razoabilidade.....	45
6.1	Definindo os elementos lógicos da razoabilidade.....	45
6.2	Apreensão, compreensão e extensão.....	46
6.3	Definição ou delimitação.....	46
6.4	Raciocínio lógico.....	47
6.4.1	Contrário senso.....	48
6.4.2	Dos métodos.....	50
6.4.3	Vícios do raciocínio.....	56
7	Princípio da proporcionalidade.....	58
7.1	Histórico.....	59
7.2	Objeto Jurídico.....	60
7.3	Elementos constitutivos.....	60
7.3.1	Elementos materiais.....	60
7.3.2	Elementos formais ou de validade.....	62
7.3.3	Elementos lógicos.....	64
7.3.4	Elementos teleológicos.....	65
7.4	CONCEITO.....	66
7.5	Razoabilidade x proporcionalidade.....	66
7.6	Subprincípios.....	67
7.6.1	Princípio da utilidade.....	67
7.6.2	Princípio da necessidade.....	67
7.6.3	Princípio da adequação.....	68
7.7	Métodos.....	68
7.7.1	Proporcionalidade pelo processo sintético.....	68
7.7.2	Proporcionalidade pelo processo analítico.....	68
7.7.3	Proporcionalidade pela redução ao absurdo.....	68
7.7.4	Proporcionalidade entre duas grandezas.....	69
8	Juízo.....	71
8.1	Natureza do juízo.....	73
8.2	Raciocínio e juízo.....	73
8.3	Elementos do juízo.....	73

8.4	Classificação	73
8.5	Proposição.....	73
8.6	Requisitos do Juízo	74
8.6.1	Clareza ou lucidez	74
8.6.2	Plenitude.....	75
8.6.3	Concordância da fundamentação com o dispositivo.....	75
8.6.4	Certeza	75
8.7	Métodos.....	81
8.7.1	Histórico.....	81
8.7.2	Sociológicos.....	81
8.7.3	Lógico	82
8.8	Definição do Juízo	82
8.9	Espécies de juízo	82
8.9.1	Quanto ao tempo	82
8.9.2	Juízo de tipicidade.....	83
9	Subprincípio da translatividade	84
9.1	"Summun jus, summa injuria"	85
9.2	Natureza da translatividade.....	85
9.3	Natureza jurídica	86
9.4	A translatividade e a razoabilidade prática	86
9.5	Elementos constitutivos.....	86
9.5.1	Materiais	86
9.5.2	Efeitos de aspecto temporal	90
9.5.3	Lógicos	90
9.5.4	O fim último da translatividade	92
9.6	Características	92
10	Suprincípio da coerência.....	94
10.1	Elementos constitutivos	95
10.1.1	Materiais	95
10.1.2	Formais.....	96
10.1.3	Funcionais	97
10.1.4	Liame harmônico finalístico	99
10.2	CONCEITO	100
11	Princípio da finalidade.....	101
11.1	O fim último	102
11.2	Motivo.....	103
11.3	Finalidade.....	103
11.4	Diferença entre finalidade e motivo	103

11.5	Elementos constitutivos	103
11.5.1	Elementos materiais	103
11.5.2	Elementos formais	105
11.5.3	Teleológicos.....	112
12	Conclusão.....	117
13	ANEXO 1 – Pérola do meio ambiente.....	119
14	BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUÇÃO

Esta obra tem por objeto demonstrar que o "Princípio da Razoabilidade" é o princípio formador de todos os demais princípios. Trata-se, pois do princípio raiz onde todos os demais dele se abeberam.

Sua aplicabilidade não só é imprescindível, como nos deixa a impressão de que resta um vazio onde sua aplicação ou criação de qualquer modo deixa de ser aplicada.

Tamanha é a importância deste postulado que é possível afirmar, que se a moral, formadora de todos os textos do direito (em regra), caso não tenham por base este Princípio Supremo do Direito, estará fadada a ineficácia objetiva, muito embora permeada de validade. Seu objeto terá sucumbido ainda em estado embrionário, tornando-se letra morta, mesmo que sancionada, publicada e promulgada (mesmo seguindo-se a todas as formalidades exigidas). Contraio senso, as legislações que um dia tiveram sua eficácia e vigência em ponto alto, mas que no escopo de suas regras não atendam ao princípio da razoabilidade, sucumbirão a medida que se distanciarem do referido princípio. O mesmo se dará com todas as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que procuram restringir ou aditar entendimentos com vistas a finalidades próprias, momentâneas ou espaciais. O próprio tempo e as situações se encarregarão de mostrar as incongruências e, assim, denunciar seus autores.

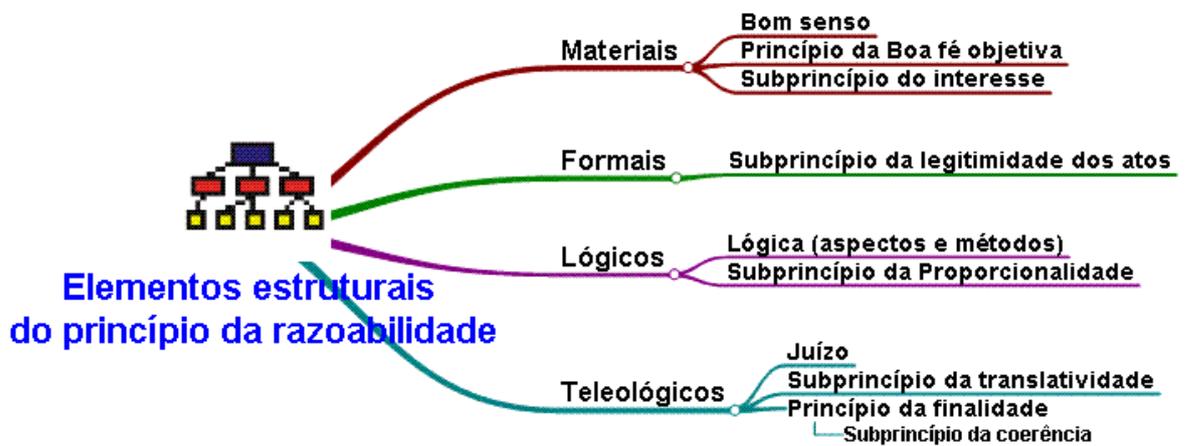
Como a própria palavra diz, princípio refere-se ao início, a origem, dessarte, os princípios são inclusive o suporte dos próprios fundamentos, dos quais são estes compostos. Neste sentido, é possível ainda afirmar que a razoabilidade é tanto um princípio, quanto uma espécie de fundamento, visto que, ao mesmo tempo em que é iniciado (conforme será mais bem esclarecido adiante) é estruturada por subprincípios.

Como a razoabilidade é um atributo humano, vale dizer que, muitos de seus aspectos são de caráter subjetivos e que por isto mesmo deve-se levar muito em consideração os aspectos objetivos para que se chegue a bom termo. Dessarte, abordamos em seus elementos estruturais subjetivos subprincípios como a boa fé – subjetiva e objetiva -, o interesse e em seus aspectos objetivos: a legitimidade dos atos, a proporcionalidade, a metodologia para obtenção do juízo, a coerência e aspectos teleológicos como a translatividade e a finalidade. Cabe ainda relatar que a razoabilidade deve ser buscada em seus aspectos funcionais (que acaba por ser uma espécie de teleologia) podendo ser encontrado pelas vias de seus elementos lógicos.

Não raro encontram-se doutrinas afirmando que a razoabilidade e a proporcionalidade são sinônimos, constituindo-se assim em um mesmo princípio. Tese, um tanto, equivocada que

pode ser demonstrada na composição da própria estrutura da razoabilidade, quando então, a proporcionalidade é tomada como uma ferramenta do princípio ora citado.

Por fim, cabe prolar que, adentraremos ainda em alguns aspectos formais que se levados aos extremos (formalismo exacerbado) inviabilizam o princípio objeto desta obra, mas que com o uso do bom senso e da finalidade, associado a boa vontade de quem profere um juízo, é possível a superação.



1 Razoabilidade no Direito e na Filosofia

Ao cursar a graduação de Filosofia, nos vários estudos, tanto históricos, quanto das próprias teorias desta excelsa ciência¹, não foram raras as propostas do entendimento acerca das causas primeiras e dos fins últimos, pelas vias racionais. Basta mencionarmos obras como a Súma Teológica de Tomas de Aquino, considerado como o grande precursor de Aristóteles, que procurou provar a existência de Deus pelas chamadas cinco vias, teoria esta que, em nosso humilde entendimento, perdeu suas bases diante das teorias Kantianas (grande precursor de Sócrates e Platão) que dando uma contribuição máxima à razoabilidade, ultrapassou seus próprios limites.

O Direito tem uma maneira toda peculiar de estruturar e utilizar os princípios. Quando tratamos dos princípios sob o aspecto da Filosofia, falamos praticamente de algo "incriado", algo que não tenha começo e não tenha fim, "algo que é, que foi e será", dando-nos a impressão, até, que se trata da própria divindade.

Surpreende-nos deverasmente a leitura das primeiras linhas do livro, que sendo considerado historicamente como o primeiro livro Hebraico, segundo a tradição, foi atribuído ao Judeu Moisés, sob o título de Gênesis cuja, primeira palavra é “Beraeshith”, ou seja "Princípio". Pois existe algo muito surpreendente por trás disto, principalmente se o analisarmos mais sob o aspecto mais Filosófico e semântico do que Teológico. É sabido que as palavras Hebraicas são de certa forma destituídas de vogais e que as adaptações destas visam mais aos ocidentais do que os outros povos. Então, vamos ver como está e como ficaria a tradução do primeiro versículos da bíblia (no caso estou me referindo a Bíblia de Jerusalém, por ser ecumênica) observando-se algumas regras lingüísticas hebraicas.

“Beraeshith bará AElohím aeth-hashamaím w'aeth-ha-aretz.”

Tradução mais conhecida: “No princípio (Beraeshith) criou Deus (AElohím) o céu a terra”.

Tradução de acordo com as regras da língua hebraica: "O Princípio criou Deus o céu, a terra..."

Embora desnecessário, não custa lembrar que estamos tratando do princípio e não de teologia, portanto, não estamos discutindo aqui se Deus existe ou não, ou o quê ou quem criou Deus, mas estamos tratando dos primórdios principiológicos e mostrar que em Direito e em Filosofia, os princípios são tratados diferentemente, de forma que, uma palavra qualquer tomada ao sabor dos caprichos de um intérprete no Direito, podem causar ojeriza a um Filósofo, mas, no campo do Direito podem constituir-se um patamar capaz de recrutar muitos seguidores e até mesmo, demonstrar conhecimentos em profundidade.

Confesso que a forma filosófica de ver os princípios custou-me, no campo do Direito, quase dois anos de entendimento, pois atentar que, em Filosofia, Princípio é uma coisa e, em Direito, é outra, não foi fácil, visto que, dentre tantas correntes, adotara justamente a posição Kantiana, como base para todos os sustentáculos ontológicos, epistemológicos etc, em oposição às teses

¹ Digo “excelsa” porque até há uns poucos séculos, escolas como a escolástica, aglutinavam na Filosofia todas as demais ciências (matemática, medicina, psicologia etc).

Tomistas. Para ilustrar esta dicotomia, cito uma obra (pintura) em que se encontram Aristóteles e Platão: enquanto Platão se mira no alto (hiperurânio), deleitando-se no mais profundo abstrato que o "ser humano" pode, ao menos hipoteticamente alcançar, Aristóteles mira-se no plano abaixo de seus pés, ou seja, na máxima concretude em que a "mente humana" pode se recalcar, fundar-se. Os dois sondam o mesmo conhecimento, em escopos completamente opostos, assim como fizeram seus precursores; Tomas de Aquino, que procurou entre tantas coisas provar, em suma, que Deus existe, é que podemos ter o conhecimento de sua existência, através dos cinco sentidos, e Don Emanuel Kant, que abstraiu completamente, deixando o legado de que a mente sendo finita, não pode conhecer o infinito (não pode um recipiente finito conter algo que extrapole os seus limites). Expomos duas pontas de icebergs, cuja aplicação destes pressupostos, em todos os campos do conhecimento, em todas as ciências, vislumbram possibilidades infinitas. Metaforicamente, é como se estivéssemos à beira de um oceano infindável.

Diante do ocorrido supra, fica a certeza de que, acima do Princípio da Razoabilidade, conhecido por nós, vinculado aos cinco sentidos, por onde entram todas as formas de conhecimento dentro do plano comum e corrente, há um Princípio ainda maior, que esta acima da razão, além do tempo e do espaço de onde provêm todas as nossas regras, nossos costumes. Trata-se de um Princípio imutável, e que, ainda assim, deste Princípio emanam todas as mudanças; provavelmente Kelsen tenha se mirado neste ponto, ao referir-se a sua chamada "norma hipotética fundamental do direito".

Está também acima da "mente coletiva", estendendo-se como a formadora de todos os conceitos, preconceitos e normas que nos cercam e, muitas vezes, aprisionam-nos, como aquela determinação subconsciente, de que toda mulher nasceu para casar, ser dona de casa, ter filhos etc, cuidando-se, desde a infância, para que tudo siga por estes caminhos, seja através da educação, das brincadeiras, dos condicionamentos, das formas de convivência isolada ao do sexo oposto, enfim.

E por que não dizer ainda que suplanta o "inconsciente coletivo" de onde Jung encontrou a raiz de nossos medos e nossos males mais profundos, aqueles que não manifestam sua produção de uma forma tão aberta, como o da mente coletiva, mas está incrustada em nossa psique, em lugares de acesso muito restrito, e ao mesmo tempo acessível a todos, pois se trata da soma de todas as morais que existiram e que estão por existir, por via de progressões abstratas infinitas. Hoje, o "inconsciente coletivo" pode ser entendido como uma força, uma energia composta de várias formas, acondicionamentos, limitações criadas ou por ser criada, capaz de fornecer informações ao nosso cérebro, via pulsos bio-eletro-magnéticos, retratores ou expansivos, e que atuando em determinadas áreas estimulam determinados comportamentos, que podem se manifestar pelas vias dos costumes e posteriores normalizações, capazes de alterar inclusive o próprio entendimento do Princípio da Razoabilidade, cuja finalidade é atender ao condicionamento imposto pelo "inconsciente coletivo".

2 Bom senso

Comumente a doutrina afirma que o produtor do ato deve atender ao senso comum em suas obras. Mas o que é o senso comum? Quais seus elementos constitutivos? Quais seus pressupostos básicos? Seu alicerce. Seria o "bom senso" idêntico a todos, conforme defende René Descartes? É possível mensurá-lo?

Para que a razão não seja serva da loucura, deve ser devidamente mensurada, educada em valores objetivos, em que o fim último seja a continuidade do ser humano, em paz com seus semelhantes. Que da convivência mútua haja ganhos recíprocos e não uma relação de parasita e parasitado, que se acredite na recuperação do infrator, tomando providências que visem mais à ressocialização e menos à punição (que é um meio e não um fim), afinal, a vingança não se constitui em função estatal, enfim, que haja redirecionamento com vistas à equidade.

Contraopondo-se ao exposto, absurdamente, num dia destes, em um tribunal do júri, uma autoridade pronunciou-se sobre a função vingativa do Estado. Ocorre que o "jus puniendi" não é sinônimo de vingança, mas sim, uma função social que visa justamente ao contrário, isto é, que o indivíduo não tome a justiça com suas próprias mãos, que não aja mediante julgamentos baseados em sua própria ignorância, agindo, dessarte, de forma desproporcional. Não fosse isto, bastaria que as comoções populares se encarregassem de fazer sua própria justiça, não haveria necessidade nem de leis, nem de advogados, nem de procuradores e nem de juízes.



2.1 Elementos

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do bom senso, enuncia: "...a administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer critérios aceitáveis, do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida"².

Assim, a mente mediana deve atender a certos requisitos, dos quais o insigne autor, de antemão oferece-nos dois, mas que não são os únicos, senão vejamos:

2.1.1 Respeito

Uma mente que não recebeu durante sua fase de aprendizado, ou não foi capaz de compreender os valores mais incontroversos relativos à liberdade, à vida, em suma, ao respeito ao próximo e o mundo que o cerca, será incapaz de produzir um juízo saudável (desejado, de consenso).

Vejamos o caso de alguém que na infância foi orientado com os valores discriminatórios a respeito do racismo, da opção sexual, sobre a superioridade masculina em relação à mulher, sobre a superioridade econômica (ganhar e ganhar a qualquer custo), alguém que na infância teve todos os seus caprichos realizados, que sempre teve tudo muito fácil, qual será respectivamente seu comportamento em relação a cada item senão: a perseguição aos negros, aos judeus, aos homossexuais, a violência contra a mulher e os filhos, o assédio sexual, o pisoteio e a falta de respeito constante contra o próximo (em 99,99% contra aqueles que estão em baixo), a falta de escrúpulos nas negociações, a falta de consciência de que é preciso haver uma reciprocidade entre o receber e o dar, a falta de consciência da necessidade do trabalho, para que haja a criação de riquezas e que estas devem ser difundidas para evitar a fome, a pobreza, a violência etc.

Uma personalidade mal formada, desde a tenra idade, é capaz de causar grandes prejuízos à humanidade (conforme a posição que ocupe no contexto social-político-econômico). A história nos remete a barbaridades tremendas e a mais conhecida (embora não seja a maior) é a do nazismo. De onde se originou o nazismo? Que valores estavam arquitetados em sua base? Da conjunção oriunda de mentes passivas, governadas por outras doências gerou-se um dos maiores horrores da história, capaz de chocar, até quem não viveu naqueles momentos. Valores equivocados geraram mentes doentias na segunda grande guerra, capazes de matar milhares de pessoas de uma só vez como nos casos de Hiroshima e Nagasaki (quantos livros, jornais e revistas relataram que este evento não era mais necessário, que a guerra já estava ganha pelos aliados, independentemente deste abominável ato), quantos carneiros ocuparam o poder cometendo genocídios a vistas de poder, dinheiro, ideologias distorcidas (inclusive intencionalmente), religião (impondo aos seus um Deus de morte, de sangue, de tortura, de crueldade, enfim).

² Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, 11ª edição, Malheiros Editores, 1999, P 66.

Estes acontecimentos espantam pela intensidade, e muitas vezes, parecem-nos distantes no tempo e no espaço, contudo, encontramos estes protótipos de ditadores, todo dia, em nosso caminho, no trabalho, na escola etc, em estado potencial, bastando, para tanto que tenham um bom veículo de manifestação, para que seus atos se materializem:

Tanto o motorista de um caminhão quanto o de uma fusca sedam, podem ser a mesma pessoa, mas o estrago, em uma batida, dependerá do veículo que utilizam. Este será, portanto, o seu veículo de manifestação, que ditará o tamanho e a proporcionalidade do estrago. Quem ocupa o poder possui, pois, um veículo de manifestação. A expressão e a proporção desta manifestação dependerá daquele que assenta a cadeira e dos atributos do seu cargo.

Valores mal formados, a falta de respeito ao próximo e ao meio em que vivemos, são capazes de criar autoridades despóticas, chefes que tratam com soberba e desrespeito seus subordinados, pessoas que são boas com os estranhos, mas, cruéis com os seus, que poluem o meio-ambiente, sem o menor constrangimento (como argumentar com quem não tem consciência?). O estrago que um agente pode cometer está direta e proporcionalmente relacionado à quantidade de poder que possui: um empresário, por exemplo, poderia utilizar este poder para assediar suas funcionárias, com vistas a satisfazer sua lasciva, muitas vezes, destruindo famílias, maltratar ou explorar excessivamente seus empregados, fazer negociatas capazes de acarretar a falência de outras empresas, dominar o mercado, a tal ponto que sufoque seus concorrentes, de modo a inviabilizar sua sobrevivência; uma autoridade judicial pode decretar uma prisão ilegalmente, assediar seus subordinados, agir ou incentivar os chefes imediatos a atuarem de forma desrespeitosa e/ou cruéis, exigir tarefas além da capacidade ou ainda exigir que se cometam ilegalidades; utilizar um bem público e servidores públicos para fins particulares, contratar parentes (há técnica que consiste em fazer uma troca de funções entre autoridades da mesma posição para que um contrate o parente do outro no intuito de driblar a lei "i. e.", o corporativismo nepótico), impor valores próprios, algumas vezes obsoletos, outras produto do fanatismo etc. Muito mais poderia ser relacionado mas, se o fizesse, o rol continuaria essencialmente exemplificativo. Assim, de nada adianta tachar todas as possibilidades, sem trabalhar o ser humano que, com sua criatividade, desatualiza os códigos dia a dia.

2.1.2 Equilíbrio (proporcionalidade)

A falta de equilíbrio consubstancia-se nos excessos (desproporcionalidade), que são manifestações de mentes doentias ("lato sensu"), sejam por mazelas cerebrais patológicas ou a mais comum, a má formação de valores. Muitos são os gênios intelectuais que chegam ao poder e agem conforme o acima citado, de sorte que, para se chegar a um equilíbrio, é preciso ter uma mente sã (em sentido amplo). Se doentia, seja no sentido orgânico ou psicológico, não é capaz de gerar atos razoáveis. Estando drogada (seja por drogas psicoativamente proibidas legalmente ou mesmo aquelas que não o sejam, mas que, por serem capazes de alterar o modo de avaliação, de ver o mundo, da não utilização das faculdades mnemônicas, da razão, do processamento de informações (raciocínio) etc), é muito provável que altere o resultado das decisões, para algo indesejável (por vezes, até àquele que emana o ato).

2.1.3 Pessoa normal

O princípio da razoabilidade reza uma atitude que qualquer "pessoa normal" seguiria diante do caso concreto. Contudo, faz-se necessário o esclarecimento do que vem a ser uma "pessoa normal". O que é normal para um indivíduo pode não o ser para outro. Tal conceito é mais abrangente do que a própria moral, pois abrange ainda o aspecto subjetivo e, mesmo assim, é daí que irá sair o chamado "senso comum", o "senso do homem médio".

Em sentido amplo, podemos qualificar, subjetivamente, como "normal", aquela pessoa que contém uma quantidade de conflitos internos e externos, que se enquadram dentro de uma média considerada para determinada sociedade e, objetivamente, a manifestação destes conflitos (abrangendo aqui a aceitação), em face deste mesmo grupo social.

Dessarte o homem normal deve estar dentro dos padrões sociais de uma dada sociedade, em um tempo e espaço, de sorte que venha a estabelecer um relacionamento com o mínimo de conflitos, com os que o cercam, em seu ambiente. Deve-se fazer presente, portando, a tomada de um norte que assegure o sentido comum às normas e condutas.

Contudo, um problema surge quando esta sociedade é anormal (esta anormalidade, em regra, decorre da carência de crescimento interno, da própria evolução humana), que imponha valores contrários à própria natureza (que via de regra deve ser tomada como parâmetro), isto é, o comum, "in casu", é ser anormal. Como um dos exemplos mais significativos, basta olharmos certos povos que impõem a ruptura clitoriana às crianças recém nascidas, ou daquelas que extinguem a vida de recém nascidos de determinado sexo e, como exemplo menos significativo (atualmente), o da destruição do óvulo fecundado (controle da natalidade, ao invés do controle da concepção). Cabe esclarecer que, os motivos propulsores do ato, nos casos expostos, são meramente culturais ou próprios, e em nenhum momento, adentrou-se aos fins últimos.

2.1.4 Humildade

"O bom senso é a cousa mais bem repartida deste mundo, porque cada um de nós pensa ser dele tão bem providos, que, mesmo aqueles que são mais difíceis de se contentar com qualquer outra coisa, não costumam desejar mais do que o têm." Rene Descartes³.

Com a frase supra, o Renascentista começa sua obra nos dando, em um primeiro momento (ao analisarmos somente a primeira parte, isolada do restante), uma impressão de ironia, já que todos ("cada um de nós") acreditam ter bom senso em quantidade suficiente, não necessitando de qualquer tipo de ajuda neste sentido. Uma certa arrogância e prepotência invadem o ser humano, quando não é capaz de demonstrar humildade suficiente para admitir-se como um ser limitado, diante do conhecimento (sem fim), da perfeição (neste sentido esta arrogância corrobora-se apenas por si mesma) ou mesmo frente ao conhecimento alheio que, em regra, em algum ponto nos supera, já que as experiências vividas por cada um são únicas (se considerarmos, tanto os aspectos objetivos quanto, aos subjetivos). Estas assertivas nos levam a admitir que o melhor caminho a seguir contrapõe-se à posição de dono da verdade ou do conhecimento (mesmo para quem que não aceite a existência da Divindade, basta espreitar ao fim último de tudo que nos rodeia, para perceber que a própria razão nos coloca em nosso devido lugar). Observa Descartes, que cada opinião é o resultado dos diferentes caminhos

³ "op. cit."

pelos quais a razão segue, para chegar ao seu destino. “In ultima rattoo”, isto nos relega à infinitude das possibilidades.

2.1.5 Conhecimento prévio

"Pior do que ser ignorante é ignorar que se ignora e por fim, achar-se⁴..."

Por mais conhecimento que possa ter o indivíduo, a posição Socrática: "só sei que nada sei", ainda é a melhor salvaguarda para não se submeter ao ridículo, visto que, na pior das hipóteses, fazemos parte de uma corrente minoritária. Tomar atitudes com base na própria ignorância, não admitir um ponto de vista em contrário, mesmo quando aparente correto, na maioria das vezes, decorre da própria vaidade e ou da política cotidiana, mas, no direito, uma atitude como esta, pode ser fatal. Basta lembrarmos que a própria vida não é tida como um bem absoluto (mesmo no Brasil, existe a pena de morte, constitucionalmente admitida nos casos de guerra).

O conhecimento prévio objetivo sobre o tema que será tratado, é um dos elementos essenciais para a aplicação do bom senso e, conseqüentemente, do princípio da razoabilidade. Daí vem a importância das provas, dos laudos técnicos, das perícias, onde certos agentes especializados esclarecem determinados tópicos. Contudo, é necessário também que o julgador tenha condições de avaliar as informações que lhe estão sendo repassadas. Trata-se, neste caso, do conhecimento subjetivo necessário para apreender um conhecimento maior (o conhecimento que ainda não possui), é daí que vem o discernimento. O conhecimento prévio necessário para avaliação deve ser considerado em razão da matéria, que pode ser matéria de direito, mas também de fato, dos costumes locais, de uma ciência específica etc; neste ponto, pode valer mais admitir a própria ignorância do que o saber, quanto mais, se levarmos em conta o compromisso com o resultado final, que será ou não equitativo conforme a disposição admitida.

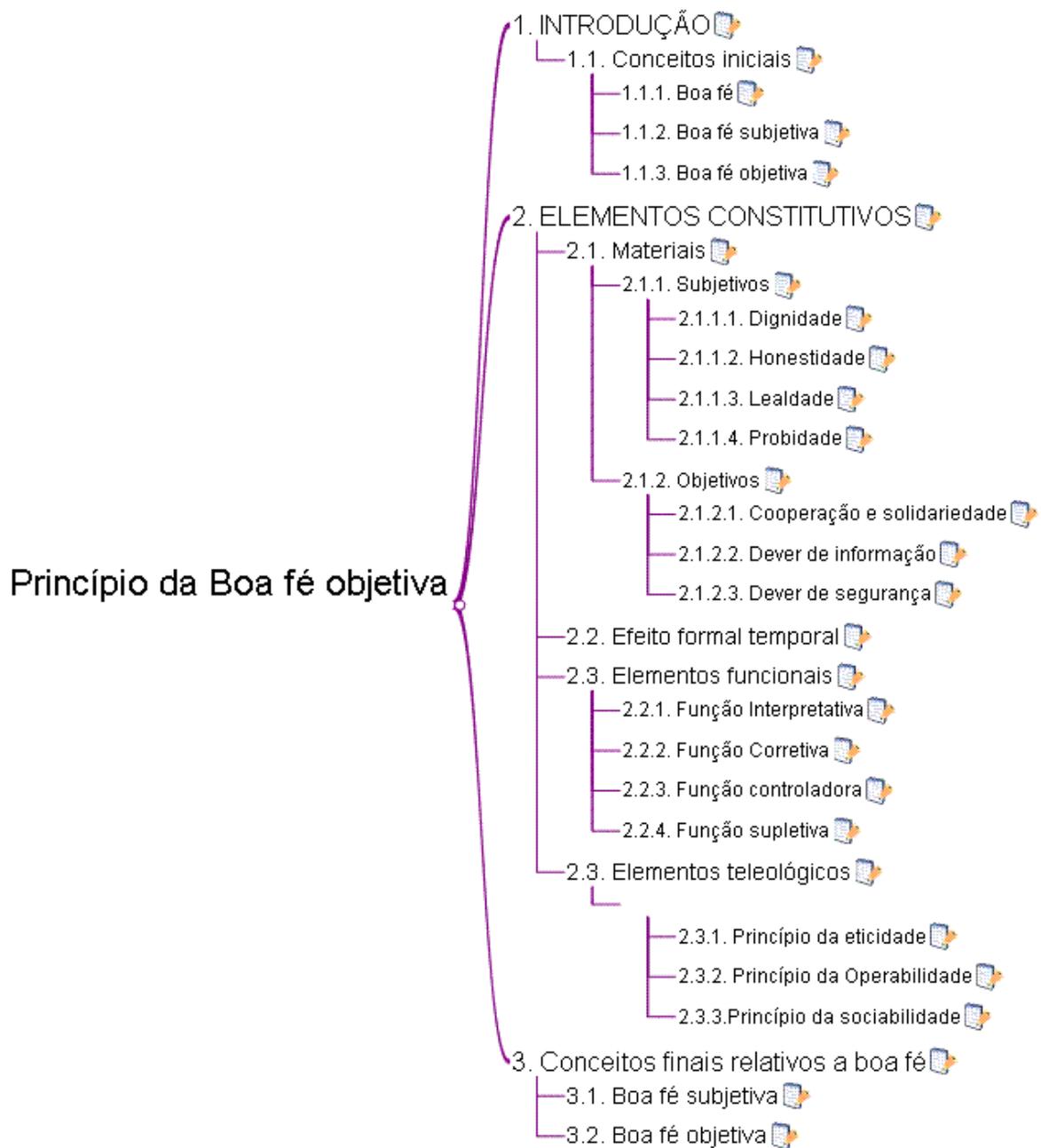
2.2 Nosso conceito

Diante do exposto, resta-nos conceituar o bom senso como a predisposição necessária e intrínseca que move o agente, com vistas a uma decisão ou atitude, aceita como coerente pelo homem mediano, por atender ao pressuposto de cognicidade prévia, respeito, equilíbrio e humildade.

⁴ Fazemos referência aqui ao ignorante ilustrado que, finda por ignorar duas vezes, fato é, que, além de ignorar, ignora que ignora.

3 Princípio da Boa fé objetiva

Dentre as principais funções jurisdicionais, destaca-se a manutenção da paz social, cuja substância enseja-se no equilíbrio, “i. e.”, na ausência de conflitos. Ocorre que esta paz social deve ser buscada incessantemente, pois os desequilíbrios aparecem e desaparecem na linha do tempo e do espaço, constantemente, como fruto das necessidades humanas que são dinâmicas, saciadas ou não. A boa fé surge então como uma espécie de pacto social, que embora nem sempre esteja formalizado, ainda assim, é sempre útil e conveniente a sua observação, eis que atua em razão direta a própria segurança jurídica denotando sempre, de modo incisivo, o caráter do agente. Em seu aspecto mais objetivo, é essencial a própria operabilidade das relações, em particular, decorre da própria lei, pois uma das manifestações mais desastrosas dos desequilíbrios - não só jurídico -, capaz de estancar até o progresso de um Estado é o medo, que por este princípio, vê-se mitigado, em face da segurança jurídica oferecida.



3.1 Conceitos iniciais

Trataremos, a seguir, de alguns conceitos básicos a respeito da boa fé, da boa fé subjetiva e, é claro, da boa fé objetiva.

3.1.1 Boa fé

Pelo Princípio da boa fé, as partes obrigam-se (veja que não se trata de uma mera recomendação ética) a proceder com lealdade, probidade e dignidade, durante o processo, conforme os postulados extraídos do texto legal, a exemplo dos artigos 17, 18, 125 e 600 do

CPC, Estatuto do Advogado (L. 8.906, de 4.7.1994) etc.

3.1.2 Boa fé subjetiva

A boa fé subjetiva envolve sempre uma apreciação do estado psicológico do agente, ligado diretamente a sua intenção. Um bom exemplo disto é aquele relacionado ao instituto da posse: Enquanto o possuidor de boa fé não tem ciência do risco da posse, o possuidor de má fé tem consciência do seu risco. No caso do julgador, o que entra em voga é a sensibilidade hermenêutica. O próprio Código Civil, seguindo as linhas de Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, procurou facultar um amplo espectro de normas abertas, tendentes a uma aplicabilidade, consubstanciada na boa fé subjetiva do Juiz. Eis que sua intenção primeira foi vencer as mudanças acarretadas no tempo, pelas vias da flexibilidade normativa, sem, contudo, abrir mão de certos norteamentos.

Alguns tópicos interessantes da boa fé subjetiva foram abordados pela Professora Marina Alló - Monitora de Direito Civil ⁵, ao tratar das cláusulas de limite ao exercício dos direitos subjetivos, visando evitar atos ilícitos, tais como as construções que envolvem confrontações da boa-fé objetiva com as identificações do abuso de direito, a qual passamos a citar:

"1 - Desleal exercício de direitos, exemplo: - “Dolo agit qui petit quod redditurus est” - age com dolo quem pede aquilo que será obrigado a restituir, pois ao seu direito se contrapõe uma outra obrigação.

2 - Desleal não-exercício de direitos, formas: - “Venire contra factum proprium” - o exercício de uma posição jurídica, em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito

- “Supressio” e “Surrectio” - a “supressio” é a situação do direito, que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa fé. A “surrectio” - o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionalizado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro.

3 - Desleal constituição de direitos: A regra – “tu quoque” - quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribui”.

⁵ ROSENVALD, Dr. Nelson e Marina Alló - Monitora de Direito Civil – Supervisor. Disponível em: <http://www.weblife.locaweb.com.br/clients/praetorium/especial_20.htm> Acesso em 13.4.04 às 9h17min.

3.1.3 Boa fé objetiva

Pelo princípio da boa fé objetiva, o que se observa é um "standard", um padrão comportamental, uma regra de comportamento leal, um mínimo ético que garanta a operabilidade, a sociabilidade e a legitimidade das condutas, de forma que seja dado mais valor à intenção do que ao sentido literal da letra, devido ao fato que traz, em si, o próprio conceito, que está relacionado com a conduta das partes. Para todos os efeitos, finda por comparar objetivamente a conduta do agente com o padrão ideal de comportamento leal que, em boa parte, já está positivado, conforme ilustramos por meio do art. 112 do NCC: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", inclusive já declarava Carnelut "A lei protege aquele que age de boa fé".

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Os elementos constitutivos da boa fé dividem-se em materiais ou aqueles relativos a sua essência, formais, entendendo aqui aqueles relativos a sua própria formação em razão do tempo, lógicos ou funcionais, por indicarem o aspecto de exequibilidade e teleológicos que indicará os aspectos finalísticos deste princípio.

3.2.1 Materiais

Os elementos materiais estão diretamente relacionados ao "mínimo ético exigido" nas relações jurídicas em geral, sem o que as consequências desta relação, pelas vias da manifestação do ato, estarão eivadas de vícios.

3.2.1.1 Subjetivos

Os elementos materiais subjetivos dizem respeito às qualidades do sujeito, tais como a dignidade, honestidade, lealdade e probidade.

3.2.1.1.1 Dignidade

A dignidade relaciona-se as qualidades morais do indivíduo humano sob o qual circunscreve-se o seu conceito público.

3.2.1.1.2 Honestidade

Trata-se de um atributo, de "uma qualidade virtuada de ação" sob a qual se apresenta a probidade e a honra que deve adequar-se a certos preceitos morais, considerados socialmente como válidos.

3.2.1.1.3 Lealdade

Segundo o professor José Fernando Simão⁶, "o dever de lealdade é aquele segundo o qual uma das partes não pode agir de maneira a causar prejuízo imotivado à outra parte. Trata-se, em geral, de uma abstenção que evita causar danos desnecessários ao outro contratante", devemos lembrar que o termo "parte", para os fins de razoabilidade, deve ser entendido, "lato senso", abrangendo ainda o Magistrado, o Ministério Público, a assistência, enfim; o termo imotivado deve ser entendido também em sentido amplo, no sentido de "evitável", lembrando que, também pela omissão macula-se o subprincípio da lealdade. É possível afirmar, com base no próprio art. 125, III c/c 129 do CPC que o dever de lealdade é uma questão de ordem pública, devendo as questões desta monta ser intervindas pelo Juiz. Nesse sentido dispõe Ernani Vidélis dos Santos⁷:

"O Juiz tem o dever de impedir qualquer ato de deslealdade para com a Justiça, neste conceito, incluindo-se, evidentemente, a deslealdade para com a parte adversa (art. 125, III⁸) e chega a ter até o poder absoluto de evitar o conluio das partes na simulação de processo (art. 129⁹)."

3.2.1.1.4 Probidade

Em geral, a palavra probidade, a vinculamos a uma de suas espécies contrapostas: a chamada improbidade administrativa que está relacionada ao tratamento dado à coisa pública por parte dos administradores e funcionários públicos (art 37 § 4º da CF), assim, seu significado pode ser deduzido justamente a "contrario sensu" da própria improbidade, ou seja, do seu antônimo, que se refere à ausência de propósitos maldosos, integridade de caráter e procedimentos justos, que no novo código de processo civil, encontram-se positivados no art. 422 do novo código civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do

⁶ SIMÃO, José Fernando. **A Boa Fé e o Novo Código Civil - Parte II**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_02.htm> Acesso em 13.4.04 às 9h13min.

⁷ Ernani Vidélis dos Santos, **Manual de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento**, 7º Edição, Editora Saraiva. p 40

⁸ Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

⁹ Art. 129 - Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé".

3.2.1.2 Objetivos

Quanto aos aspectos materiais objetivos, são aqueles relativos ao intercâmbio relacional entre os sujeitos, tais como a cooperação, a solidariedade, o dever de informação e o dever de segurança, os quais passamos a explicar.

3.2.1.2.1 Cooperação e solidariedade

Existe um brocardo negocial que exprime bem o que vem a ser o dever de cooperação: "um negócio só é bom, quando for bom para os dois lados...". Isto implica uma exigência, às partes, a tenderem a certas condutas, de modo que a conseqüência das relações atinja um fim tão justo quanto seja útil e de forma mais abrangente possível.

O subprincípio da solidariedade, sob a ótica de uma boa fé objetiva extensiva pela finalidade, vislumbra-se implicitamente em nosso ordenamento na Lei de Introdução ao Código que em seu artigo 5º dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

3.2.1.2.2 Dever de informação

O dever de informação tem seus pressupostos básicos positivados no Código de Defesa do Consumidor, que inclusive exordia sanções ao fornecedor, tendente a insuflar informações enganosas. Mas, para os presentes fins, abrangerá também a questão da instrução processual, das provas etc constando, inclusive, seus limites verdadeiramente éticos e profissionais, que visem sempre ao bem comum nas relações.

3.2.1.2.3 Dever de segurança

Por fim, o dever de segurança trata da garantia à integridade dos bens e direitos pertencentes ao outro contratante, em situações contratuais que possam oferecer perigo. Neste caso, podemos citar o dever de fornecer aos funcionários os Equipamentos de Proteção Individual para a prevenção de acidentes, o dever que tem o "Shopping Center" de colocar um aviso "Cuidado, Perigo de Escorregar", após lavar o assoalho etc.

3.2.2 Efeito formal temporal

Quanto aos aspectos temporais, esclarece-nos Sílvia de Salvo Venosa ¹⁰ :

¹⁰ VENOSA, Sílvia de Salvo. **A boa-fé contratual no novo Código Civil.** Disponível em

"...coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. Isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais". Basta dizer que os efeitos contratuais protraem-se no tempo.

3.2.3 Elementos funcionais

A doutrina tem apontado três funções principais aplicáveis ao conceito de boa-fé objetiva: 1) função interpretativa (artigo 112 do NCC); 2) função de controle dos limites do exercício de um direito (artigo 186 do NCC) e 3) função de integração do negócio jurídico (artigo 421 do NCC), contudo, em uma palestra feita pelo professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy, no Mato Grosso do Sul ¹¹, uma quarta função foi abordada: a chamada Função Supletiva que abrange a temporariedade contratual. Função esta, também denominada como Função reativa, pelo professor José Fernando Simão. Deste modo, podemos resumi-las, nos seguintes tópicos:

3.2.3.1 Função Interpretativa

Vincula-se a uma interpretação que atenda mais a intenção comum das partes, em face de determinado caso concreto e menos ao sentido literal da palavra, o código civil antigo versava especificamente sobre este tema, em seu artigo 85, "*Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*", neste sentido, a vontade é sopesada, concomitantemente com a confiança que tem sua mensuração definida pelos usos e costumes, pelo tempo e lugar da celebração do contrato, do ato ou do juízo (art. 113 do NCC: Os negócios jurídicos devem ser interpretados, conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração).

<<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>> Acesso em 13.4.04 às 9h.

¹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **Terceiro Congresso de Processo Civil e Direito Civil de Mato Grosso do Sul, realizado no dia 27 de março de 2004, às 9h - Princípio da Boa fé no novo Código Civil.**

3.2.3.2 Função Corretiva

Uma relação desequilibrada não pode ser solidarizada, mas sim, corrigida. As relações trabalhistas e consumeristas são bons exemplo da atuação da função corretiva, seja pelas regras da hipossuficiência seja pelo controle das cláusulas abusivas, que representam uma disparidade de forças, no novo código civil. Outro tema pertinente refere-se à **teoria dos atos próprios**, que visa à reprimenda aos comportamentos contraditórios, como no caso daquele sujeito que não cumpre sua obrigação, mas exige o cumprimento da outra parte, ou mesmo no caso de uma sentença, que não siga uma seqüência lógica entre os fundamentos e o dispositivo. Algumas vezes, esta função é definida e executada supervenientemente, como ocorre no caso da lesão ou do abuso de direito. Destarte, um julgador de boa fé deve estar de posse de todos os meios necessários para a atuação corretiva. Nesse sentido já recomendava Carnelutti¹²: *"Recomendada pelo direito, a boa-fé é também por ele premiada, no sentido de que, dentro de certos limites, pode suprir as deficiências de forma do ato."*

As vedações “ultra petita”, “citra petita” ou “infra petita” e “extra petita” não podem ser utilizadas como instrumentos da injustiça, pois, neste caso, o homem seria escravo da própria lei que criou, haveria uma inversão do fim último da lei, que é o homem, e não o oposto. É neste interregno legal que a função translativa (derivada do subprincípio da translatividade) pode ser vista como uma poderosa ferramenta a favor da boa fé, mas que ainda está dando seus primeiros passos.

3.2.3.3 Função controladora

A função controladora tem o condão de se evitar os excessos impostos, em razão de algum direito exercido de forma desproporcional ou abusivo, limitando-o. Disto decorre o seu caráter controlador (controle dos limites), pois cria ou estabelece um espaço de atuação. Está estampado, principalmente no art. 187 do NCC ¹³, e não deixa de ser uma regra

¹² CARNELUTTI, Francesco - **Teoria Geral do Direito** - Tradução: Antônio Carlos Ferreira - São paulos, Ledus 1999.

¹³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

comportamental que, ao impor os limites, não se importa com o que vai acontecer ao agente. Um exemplo da atuação desta função reporta-se ao exercício desleal do direito, no que se refere à teoria do adimplemento substancial, onde prescreve que, se uma parte razoável do contrato foi cumprida, deve-se utilizar a cobrança, antes de tomar uma medida resolutive, por ser medida de direito proporcional à situação fática. Assim, no caso do indivíduo que comprou um carro à prestação, pagando 23 das 24 prestações, temos que uma parte razoável do contrato foi cumprida. Seria abusiva e desleal a conduta que obrigasse a devolução do veículo ao invés de proceder-se a outros meios executórios. Neste ponto, a função controladora vincula-se ao subprincípio da proporcionalidade.

Não há que se confundir função controladora com a função corretiva, pois esta atua sobre um ato já ocorrido, ainda que supervenientemente, ao passo que, a outra, atua antecedentemente.

3.2.3.4 Função supletiva ou reativa

Vincula-se aos deveres de conduta extrapatrimoniais, que possibilitam o negócio se desenvolver harmoniosamente, sendo, portanto, supletiva ao vínculo obrigacional. É matéria amplamente utilizada no direito das obrigações, eis que esta função atua antes, durante e depois da feitura do contrato.

Pode-se dizer que contém, em si, uma função reativa, pois atua sobre a responsabilidade dos contratantes, antes da celebração do contrato (até a sua conclusão), em sua execução e mesmo após o seu término (art. 422 do novo Código Civil), “i. e.”, essa responsabilidade se prorroga, mesmo após o fim do contrato, pois surge, daí, a responsabilidade, decorrente da culpa “post pactum finitum”. Estão ligados a esta função: o dever de sigilo, de informação, de cobertura dos danos decorrente do produto (mesmo após a sua entrega), dos custos anteriores (no caso de desistência), indenizações, inclusive das decisões no que concerne à responsabilidade objetiva do Estado, em relação aos seus agentes que atuam de má fé etc.

3.2.4 Elementos teleológicos

A teleologia da boa fé baseia-se em três princípios básicos: A eticidade, a operabilidade e o princípio da sociabilidade.

3.2.4.1 Princípio da eticidade

A boa fé objetiva sob o prisma da razoabilidade em seu contexto teleológico, visa, sobretudo, à valorização da ética, sob a forma induzida da boa fé “lato sensu” (boa fé objetiva e subjetiva). No contexto axiológico, unem-se os pré-requisitos da boa fé, enquanto normas de conduta de cooperação, solidariedade, informação e segurança (boa fé objetiva), com a intenção imbuída de dignidade, honestidade, lealdade e probidade (boa fé subjetiva) para dar o nascimento ao subprincípio da eticidade. Contudo, é na materialidade das condutas que se consubstanciam os seus efeitos morais, “i. e.”, enquanto potência transita pelos subprincípios éticos e enquanto ato, produz efetivamente os resultados concretos no campo da moral. Para concluir, basta dizer que, enquanto o subprincípio da eticidade não ultrapasse as raias da moral, o que existe, de fato, são meras conjecturas.

3.2.4.2 Princípio da Operabilidade

São inúmeros os institutos jurídicos facilitadores da operabilidade, que inclusive é um subprincípio, constantes no sistema, muito embora nem sempre nos apercebamos deles, tão óbvios que são. A prescrição e a decadência operam-se como solucionadores dos conflitos enquanto impedem a eternização das demandas e da vontade de demandar. Outros exemplos do instituto da operabilidade dizem respeito à conceituação, à tipificação de todos os institutos que se empenham em traçar os limites para cada caso, a conexão e a continência que impedem a duplicidade das demandas e os julgamentos contraditórios, o princípio da economia dos atos processuais que visam à objetividade dos atos, o princípio da fungibilidade dos ritos, que impedem que o autor tenha de entrar com uma nova ação, a cada vez que a lei não é clara sobre a procedibilidade ou quando o entendimento dos julgadores são divergentes neste ponto, a dispensa de forma especial nos contratos¹⁴, enfim.

3.2.4.3 Princípio da sociabilidade

Quando tratamos da questão da sociabilidade, fazemo-la em relação ao seu pressuposto numericamente oposto, ou seja: o indivíduo. Assim, vem-nos logo à mente a idéia de uma igualdade coletiva, o que nem sempre ocorre nas inter-relações individuais. Como é possível falar em princípio da igualdade processual, onde se tem, de um lado, uma multinacional e, do

¹⁴ NCC art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

outro, o indivíduo, cuja defesa será efetuada às expensas do Estado por um bacharel recém formado? Existem alguns casos em que a própria Lei fornece as ferramentas para equilibrar estas igualdades, como no caso do código do consumidor -conforme já fora abordado - mas são muitos outros os casos em que não é possível a interferência: ou o Juiz não pode interferir, por imposição legal, ou não o faz, pelo acúmulo de serviços. É neste ponto que entra o princípio da sociabilidade, que faz com que o indivíduo não seja visto como um ente único, mas como um componente que agrega as massas, um elo da soma dos indivíduos, cuja totalidade pode-se chegar, pela simpatia da parte com o todo, podendo-se chegar a tanto, inclusive pelas vias da translatividade. A própria função social do contrato circunscreve-se a estas vias, de forma que, o que vale para as partes, deve valer também para o todo. Se não fosse deste modo, bastaria que houvesse um agente capaz, um objeto lícito e uma forma prescrita e não defesa em lei, para que todo contrato fosse considerado perfeito e, com isto, o instituto da lesão estaria fadado ao fracasso.

O princípio da sociabilidade pode ser averiguado ainda nas liberalidades legais de certos atos, a exemplo do art. 108 do NCC¹⁵, na busca da função social¹⁶. Neste sentido afirma Miguel Reale que, ao buscar o rompimento do individualismo, resultante do código anterior, possibilita a isenção de certas formalidades, em alguns institutos menores. A função social pode ser ainda encontrada junto à teoria da imprevisão que regula a eficácia dos contratos aos fatos supervenientes. Mas o maior progresso relativo ao princípio da sociabilidade no âmbito do novo código civil, deu-se pela vias do art 2.045, em seu parágrafo único¹⁷ que assegurou a função social do contrato e da propriedade, ensejando ao mister judicial, a prerrogativa de tratamento como preceito de ordem pública, cujas conseqüências estão mais amplamente abordadas, junto ao subprincípio da translatividade. Por fim, a corroboração constitucional a este princípio encontra-se no art. 3º, inc I da CF¹⁸ que reza em seus objetivos fundamentais a

¹⁵ Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos, que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

¹⁶ NCC art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁷ NCC Art. 2.045. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código, para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁸ CF art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.3 Conceitos finais relativos a boa fé

Após este breve estudo, passaremos a expor os conceitos finais acerca do tema.

3.3.1 Boa fé subjetiva

Boa fé subjetiva é o estado de espírito em que o agente, munido da boa intenção e desprovido de reserva mental, antes, durante e supervenientemente a uma relação, atue com dignidade, honestidade, lealdade e probidade, buscando sempre o exato entendimento para proceder às correções e controles dos atos, sempre que necessários, atendendo, assim, aos ditames dos subprincípios da eticidade, operabilidade e sociabilidade.

3.3.2 Boa fé objetiva

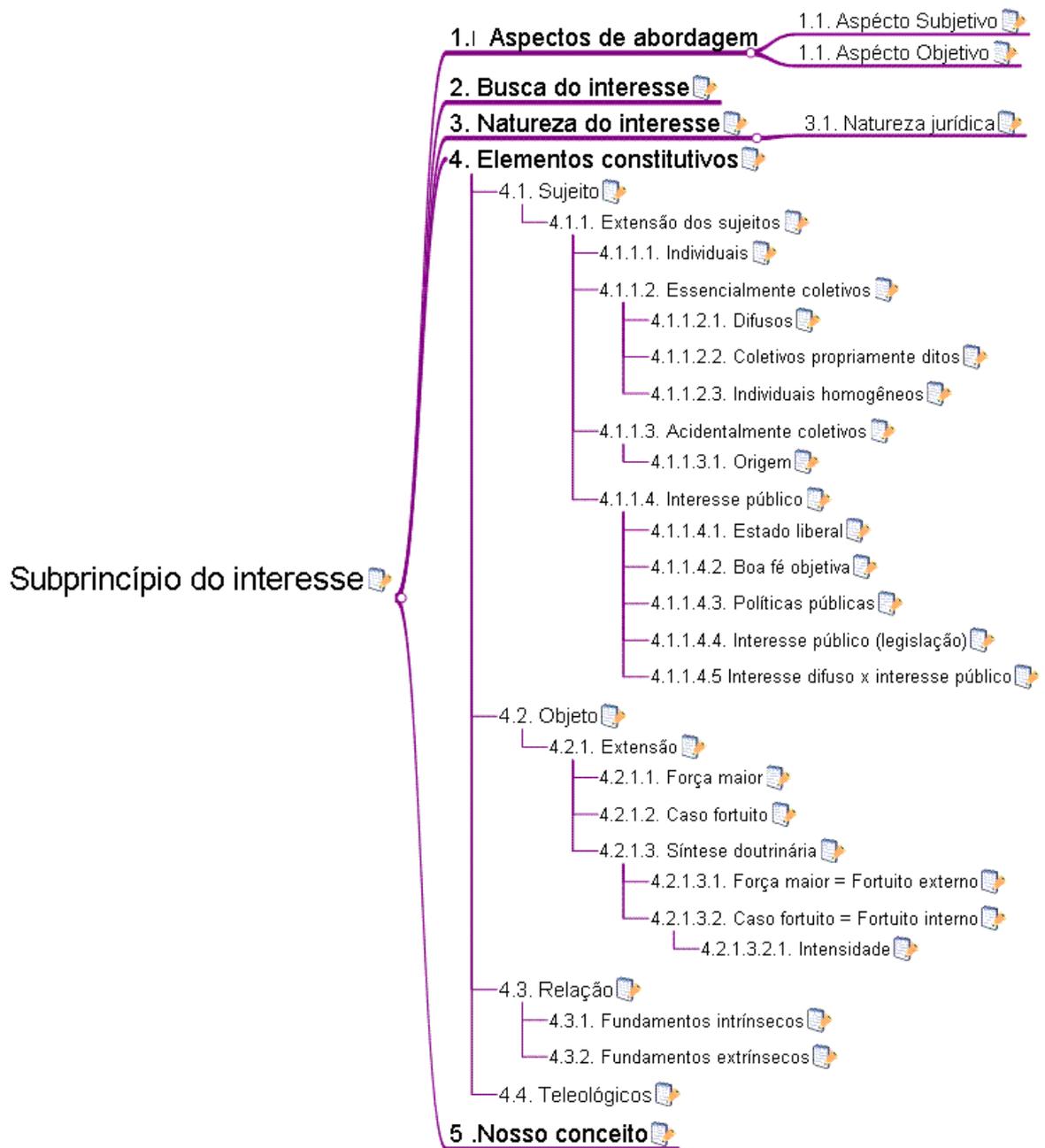
É um padrão comportamental exigido nas relações jurídicas que, consubstanciado na solidariedade, transparência e segurança, pretende que todo o agente seja munido de dignidade, honestidade, lealdade e probidade, antes, durante e supervenientemente ao ato, conferindo-lhe prerrogativas corretiva, interpretativa, controladora e supletiva, com vistas à manutenção ética-social e à operacionalidade do direito.

4 Subprincípio do interesse

Antes de adentrar ao assunto propriamente dito, cabe esclarecer que, no decorrer dos anos, a palavra interesse sofreu algumas alterações, em seu sentido original, pela via metonímica, já que os termos "estar entre" ou "obstáculo", passaram a significar "algo em torno de", empenho, importância, que prende a atenção. Assim, comenta Arruda Alvim¹⁹:

"O que ocorreu com a palavra interesse foi modificação de sentido. Do significado de estar entre ou de obstáculo, passou esse termo a ter o sentido específico de empenho (em relação a), entre outros significados, mas sinônimo deste último. O que houve foi uma definitiva mudança de sentido por metonímia. O interesse, que foi a causa, veio a significar o efeito. Estar entre gerou empenho em relação a. Referimo-nos a transmutação de sentido por metonímia, pois a primitiva significação desapareceu".

¹⁹ **Tratado de direito processual civil**, v. 1, p 384, nota 5 apud LIMA, Rodrigo da Cunha Lima, *Condições da ação, Enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman.



4.1 Aspectos de abordagem

O interesse pode ser abordado por dois aspectos:

4.1.1 Subjetivo

Subjetivo, quando se tratar de algo que proporcione um proveito, uma utilidade pessoal, particular, exclusiva, um aprisionamento do agente que vise ao próprio benefício, trata-se de um caráter mais intrínseco.

4.1.2 Objetivo

O interesse objetivo é externo ao sujeito. O beneficiário pode ser um grupo de pessoas, uma coletividade que, de algum modo, esteja vinculada pelo objeto, conforme está muito bem delimitado, no caso do CDC, em seu art. 81 assim descritos:

"I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

4.2 Busca do interesse

O interesse é algo que deve ser buscado mediante a análise da relação existente entre o sujeito e o objeto. Sua definição, enquanto delimitação, encontra-se consubstanciada neste último e sua intensidade vincula-se ao primeiro. Neste sentido, podemos dizer que há uma relação de ação e reação entre o sujeito e o objeto que determinará a intensidade da lide, na medida proporcional ao vínculo existente entre os dois primeiros e a oposição à manutenção desta relação, majorada pela extensão dos sujeitos. Podemos afirmar, ainda, que o produto desta ação e reação nada mais é do que o resultado da condição que dá a liga aos três (sujeito, objeto e lide ou relação), "i.e.", a "intensidade" que "a priori", só pode ser intuitivo e "a posteriori", após vários levantamentos, definida.

Assim, temos um sujeito com uma necessidade em relação a um objeto; objeto este que, em tese, está apto à satisfação de uma necessidade relacionada com o primeiro. Como de plano, este interesse só pode ser intuitivo, uma vez que a satisfação da necessidade pela via do objeto não se consubstanciou, mas encontra-se, apenas hipoteticamente configurado. Destarte, o que este sujeito faz, é simplesmente antever um juízo afirmativo que determinado objeto satisfaz as suas necessidades e somente "a posteriori", saberá se atende ou não as mesmas.

4.3 Natureza do interesse

O que determina a natureza do interesse é o objeto, assim, essencialmente, podemos afirmar que é uma relação que vincula os dois.

4.3.1 Natureza jurídica

Para o direito é o ponto de formação da lide, pois antecede a própria petição inicial.

4.4 Elementos constitutivos

Dentre os elementos constitutivos do subprincípio do interesse, destacamos: o sujeito, o objeto e a relação deste com aquele.

4.4.1 Sujeito

As idéias iniciais relativas aos sujeitos que fazem parte desta relação provêm do CPC, bem como da moderna idéia dos sujeitos, derivados dos direitos de terceira geração, conforme extraídos do CDC, especificamente em seu art. 81. Assim, no conjunto, quanto à extensão dos sujeitos, encontramos os sujeitos individuais; b) os essencialmente coletivos - tais como os difusos e os coletivos propriamente ditos – e, por fim c) os acidentalmente coletivos, ou seja, os individuais homogêneos. Quanto à sua origem legal, distinguimos os sujeitos de direito público e os de direito privado.

4.4.1.1 Extensão dos sujeitos

Os sujeitos podem ser qualificados, quanto sua a extensão, em individuais e coletivos.

4.4.1.1.1 Individuais

Os sujeitos individuais são aqueles constantes de uma necessidade relacionada com um objeto indivisível, eis que, não existem outros litisconsortes interessados.

4.4.1.1.2 Essencialmente coletivos

Ao tratar dos sujeitos essencialmente coletivos e mesmo quanto aos acidentalmente coletivos, adentramos a esfera das relações supra-individuais.

Isto significa dizer que, quando trabalhamos com os direitos meta-individual, ultrapassamos a esfera particular. Não se trata, pois, de um interesse exclusivo, fato é, que a ninguém é dado excluir ninguém; neste plano, todos os titulares têm o mesmo direito, e caso ocorra que um dos sujeitos exerça seu direito ou abra mão de exercê-lo, este fato não gerará a excludente do outro, basta dizer que existe uma relação de igualdade entre todos os titulares de direito plurindividual.

Uma das principais características do direito transindividual é que seu objeto é indivisível, ou seja, há um objeto único, que é capaz de satisfazer as necessidades de todos, justamente, devido a esta indivisibilidade; simultaneamente, esta relação pode prejudicar ou beneficiar a todos, destarte, ao mesmo tempo em que este interesse é individual, no que se refere a cada indivíduo, relativo ao objeto, também o é coletivo, eis que todos possuem uma relação em comum. O que qualifica o interesse como coletivo é o objeto, ao contrário do que possa parecer (a multiplicidade de sujeitos), pois todo interesse, que resulte de um único objeto indivisível, que satisfaça a uma necessidade, que abranja a todos, configura-se em interesse coletivo.

4.4.1.1.2.1 Difusos

Os interesses difusos são espécies de interesses coletivos, caracterizados pela difusibilidade dos sujeitos; fato é, que são indetermináveis quanto à identificação das pessoas, e seus direitos ultrapassam a esfera do indivíduo sendo, destarte, transindividuais. As decisões podem ser "erga omnes", mas não o são necessariamente, pois embora não atinjam a todos, atinge aqueles que sejam titulares do direito. Outra característica é que o objeto é indivisível e sua relação com os sujeitos decorre de circunstâncias de fato, sendo vinculadas a este, ou seja, cessando-se as causas factíveis, cessam-se as relações conseqüentes.

4.4.1.1.2.2 Coletivos propriamente ditos

Outra categoria de interesses plurindividuais são os coletivos propriamente ditos (ou essencialmente coletivos), onde os titulares dos interesses são grupos, categorias ou classes determináveis. Diferem dos interesses difusos, devido à determinação do sujeito. O objeto desta relação também é indivisível e possui ainda a característica do interesse privatista.

4.4.1.1.2.3 Individuais homogêneos

Constante da doutrina como interesses acidentalmente coletivos, é tratada como uma ficção jurídica, com a finalidade de abarcar algumas relações que não estavam dispostas no CPC, fato é, que visa à uma tutela molecular de alguns interesses individuais divisíveis e determináveis, com origem comum, mas nem sempre estão unidas pelo mesmo fato. Os procedimentos para tutela destes interesses não visam saber quem é o titular, mas apenas apurar quem foi responsável e qual foi o dano.

Nosso ordenamento permite que duas ou mais pessoas litiguem no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir, impondo a condição de que os sujeitos sejam determináveis aprioristicamente. Ocorre que, para os efeitos da tutela jurisdicional de caráter individual homogêneo, os sujeitos ativos podem ser determinados "a posteriori", liberando-se, assim, das amarras do art. 46, inc. II do CPC²⁰, eis que, em um primeiro momento, apuram-se tão somente os fatos e a autoria,

²⁰ Art. 46 - Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

deixando-se aberta a via, para que todos os prejudicados usufruam os efeitos do dispositivo declaratório, bastando que se comprove a existência do dano e do nexo causal que o vincule ao dispositivo declaratório. Sob este prisma, os interesses individuais homogêneos são materiais apenas "a posteriori", sendo, portanto, "a priori", uma mera ficção.

4.4.1.1.3 Acidentalmente coletivos

Os sujeitos acidentalmente coletivos são aqueles provenientes de uma construção do legislador, destinadas a tutela jurisdicional molecular de interesses individuais, referem-se, pois, aos sujeitos individuais homogêneos. Não se sabe quem é o titular, mas apenas se apura quem foi o responsável pelo dano, bem como sua natureza.

4.4.1.1.3.1 Origem

Quanto à origem dos interesses, para fins de direito, dispomo-los em face das esferas públicas e privadas.

4.4.1.1.4 Interesse público

Sob o prisma publicista, os interesses devem ser analisados pelo seu aspecto extensivo (leia-se bem comum).

4.4.1.1.4.1 Estado liberal

Segundo Adam Smith (Estado Liberal) o Estado só cumpre seu papel quando atua de modo passivo (quase que não participa), não intervém, quando permite o exercício à Liberdade em sentido amplo, deve manter-se na obrigação de não fazer, atuando somente para manutenção da liberdade.

Atualmente, o Estado só pode agir, se for provocado. O art. 2º do CPC infere que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando à parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Este papel inerte do Estado é flagrantemente ilegítimo, se considerarmos o grande desequilíbrio existente. O Estado cumpre seu papel somente quando dá o que o sujeito tem direito: meio ambiente, lazer, desporto, trabalho, "justiça ('lato sensu')" etc. Para que isto ocorra, tem de intervir. Juridicamente, há um progresso nesse sentido: basta assinalar a possibilidade de declaração de nulidade de ofício em alguns casos.

4.4.1.1.4.2 Boa fé objetiva

A boa fé objetiva tem um íntimo relacionamento com o princípio da translaticidade que, entre seus atributos, permite a nulidade dos atos de ofício, sempre que convier ao interesse

público. Uma "garantia" decorrente da boa fé objetiva é a tutela inibitória.

4.4.1.1.4.3 Políticas públicas

Em alguns casos, torna-se difícil saber qual o interesse público que está em jogo; em outros, é mais fácil.

Um bom exemplo é aquele fornecido pelo jurista e ambientalista Marcelo Abelha, citado em uma de suas palestras em Campo Grande (MS): Refere-se ao caso de uma área ambiental litorânea natural, com vistas à transformação em uma área ambiental artificial. Dois interesses estão em jogo: de um lado, o meio ambiente e, de outro as necessidades da população local. Neste caso, as políticas públicas (em concreto), praticamente ditarão as regras a serem seguidas.

4.4.1.1.4.4 Interesse público (legislação)

Pode-se encontrar um exemplo de interesse público na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 2º que diz:

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI - adequação entre meios e fins²¹, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior, àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

4.4.1.1.4.5 Interesse difuso x interesse público

Há um adágio que diz: “*O interesse difuso é uma espécie de interesse público, mas nem todo interesse público é interesse difuso*”. Devemos nos lembrar que, em uma sociedade pluralista, há muitos interesses difusos em jogo.

4.4.2 Objeto

O segundo elemento constitutivo do princípio do interesse é o próprio objeto destinatário do interesse vinculado.

²¹ Princípio da finalidade

4.4.2.1 Extensão

A extensão do objeto refere-se a todos as situações de fato ou circunstanciais que atuam em concausa para a formação ou alteração do interesse que podem ser: a) essenciais, tais como: valores objetivos, limites, nexos de causalidade ou b) acidentais, tais como: valores subjetivos, quantidade, caso fortuito, força maior, tempo, espaço etc.

Devido à brevidade exigida, vamos tratar, rapidamente, apenas do caso fortuito e da força maior.

Compartilhamos o velho entendimento de Silvio Rodrigues, ainda que existam textos legais e jurisprudenciais dispondo o presente termo em sentido contrário.

4.4.2.1.1 Força maior

São aqueles fatos de ordem natural, a força da natureza é quem dita as regras, o seu caos ordenado é que movimenta os fatos. O termo força maior nos remete a idéia de algo que está além das potencialidades dos atos humanos.

Assim, discordamos de Orlando de Almeida Secco ²²(3), que trata da força maior como:

"um acontecimento resultante do ato alheio (fato de outrem) que supere os meios de que se dispõe para evitá-lo, isto é, além das próprias forças que o indivíduo possua para se contrapor, sendo exemplos: guerra, greve, revolução, invasão de território, sentença judicial específica que impeça o cumprimento da obrigação assumida, desapropriação, embargo para suspensão de uma obra etc".

A definição supracitada refere-se, pois, ao caso fortuito, eis que, está vinculada a uma força menor, ou seja, o ato humano. A força maior trata, dessarte, dos acontecimentos de ordem natural, que gera efeitos jurídicos como: erupções vulcânicas, queda de raio, estiagem, avalanche, bem como a aluvião - como forma originária de aquisição da propriedade imóvel, promovida pelo acréscimo de uma porção de terra a outra - por fatores naturais em geral etc.

A impropriedade do termo já atingiu textos legais²³ e até julgados²⁴.

²² DJI apud Secco, Orlando de Almeida (1981:125), **Introdução ao Estudo do Direito**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 125.

²³ CCom Art. 548 - Rompendo-se a viagem por causa de força maior, a equipagem, se a embarcação

4.4.2.1.2 Caso fortuito

"Fortuitus casus est, qui nullo humano consilio praevideri potest"²⁵. Caso fortuito é aquele que não pode ser previsto por nenhum meio humano.

Aqui sim se refere a um fato imprevisível, resultante da ação humana, capaz de gerar efeitos jurídicos, independentemente da vontade das partes, tais como guerra, greve, revolução, invasão de território, revelia, ausência de advogado dos réus, etc

4.4.2.1.3 Síntese doutrinária

No intuito de encontrar um meio termo para sanar mais esta impropriedade dos termos dados pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina, uma nova teoria tem surgido, considerando o aspecto interno ou externo ao sujeito, para designar o que vem a ser caso fortuito e força maior.

4.4.2.1.3.1 Força maior = Fortuito externo

A força maior vem sendo considerada como um fator externo, um acontecimento imprevisível, totalmente estranho à coisa, pessoa ou empresa do agente, sendo chamado, por isto, de fortuito externo. Ex.: Guerra, raio, enchente, etc.

se achar no porto do ajuste, só tem direito a exigir as soldadas vencidas.

São causas de força maior:

- 1 - declaração de guerra, ou interdito de comércio entre o porto da saída e o porto do destino da viagem;
- 2 - declaração de bloqueio do porto, ou peste declarada nele existente;
- 3 - proibição de admissão no mesmo porto dos gêneros carregados na embarcação;
- 4 - detenção ou embargo da embarcação (no caso de se não admitir fiança ou não ser possível dá-la), que exceda ao tempo de 90 (noventa) dias;
- 5 - inavegabilidade da embarcação acontecida por sinistro.

²⁴ Acidente de trânsito - Caso fortuito

- Ficando provado que o veículo desgovernado em estrada de pista dupla avança sobre o canteiro divisor da estrada e atinge outro veículo que trafegava na pista paralela, inadmissível a defesa fundada em alegação de caso fortuito para isentar da responsabilidade de indenizar, pois indemonstrado qualquer evento natural ou causado por terceiro que tomasse impossível a prevenibilidade do agente. (Ap. 124-81, N, TC TJMS, Rel. Des. RUI GARCIA DIAS, in DOMS 703, 3.11.81, p. 16.).

²⁵ DJI apud Ulpiano: 1.2, § 7, D., de administratione rerum, 50, 8.

4.4.2.1.3.2 Caso fortuito = Fortuito interno

O caso fortuito, por sua vez, está sendo tratado como um fator interno, um caso imprevisível, ligado à empresa, coisa ou a pessoa do agente.

Ex. Estouro de pneu, rompimento da barra de direção do carro, infarto do motorista. Para estes fins conceituais, o fortuito interno é tido como subsistente à própria responsabilidade civil.

Entendemos que a eliminação de um dos termos remedia, mas não resolve o problema, mesmo porque estão sendo tratados de maneira imprópria; assim, no exemplo do estouro de pneu, contamos com um fator externo ao indivíduo (*lato senso*), ainda que considerado (forçosamente) interno a empresa, já que não pode ser transposto ao fortuito externo, porque aqueles são fenômenos naturais. Entendemos ainda que mais lógica seria a utilização correta dos termos mantendo-se aquela utilização inadequada apenas onde a lei expressamente determine que assim se faça, eis que a evolução do direito se encarregará de sanar estas impropriedades, como já o fez em muitos casos, como na exclusão de vários artigos do Código Comercial que, coincidentemente tratavam do tema.

A falta de técnica na elaboração das leis, por vezes, é remediada na metonímia, e como conseqüência, finda por estrangular o idioma, enquanto, concomitantemente, força definições ou conceitos incabíveis.

Uma outra linha doutrinária trata ainda dos fatos naturais, dentro da concepção dos fatos jurídicos, distinguindo o fato humano do fato natural, com base em conceitos volitivos, ou seja, para o fato humano, há a concepção de uma vontade pré-estabelecida, ao passo que, para os fatos naturais, não. Até aí, tudo bem, o problema decorre quando resolvem colocar o caso fortuito e a força maior dentro da categoria de fatos naturais extraordinários, considerando, o primeiro, totalmente imprevisível, e o segundo, previsível, mas inevitável. Uma das contradições ocorre, quando considerarmos que, tanto os fatos imprevisíveis, quanto aqueles previsíveis, mas inevitáveis, podem decorrer, aprioristicamente, de uma vontade humana, contrariando, assim, um dos elementos constitutivos negativos do fato natural, ou seja, ressalte-se a existência da vontade humana.

Quanto às demais contradições e elementos da extensão, não serão tratados por ora, devido à exigência da brevidade, contudo, fica a observação de que, se o direito for tratado

como uma ciência - em oposição à tradição, no sentido de uma seqüência de aceitações viciadas - serão imprescindíveis à utilização, conceituação e definição correta dos termos.

4.4.2.1.3.2.1 Intensidade

A intensidade, colocamo-la no plano vertical, por referir-se ao grau de ligação entre o sujeito e o objeto, que pode ser positiva ou negativa. A sua mensuração refere-se, tanto ao apego instintivo (como no caso da mãe em relação ao filho - instinto materno) ou mesmo no caso de um magnetismo consciente e dirigido como naquele da vontade, onde há a persecução de um bem da vida, selecionado e direcionado pela razão. Neste ultimo caso, há um determinado controle dos impulsos, o que pode não ocorrer no primeiro. Esta questão é muito interessante, quando aplicada aos delitos do estado puerperal.

4.4.3 Relação

A relação vem a ser justamente a cola que une o sujeito e o objeto, pois sem um elo entre os dois, não há que se falar em interesse. Compõe-se de: 1) sujeito, aquilo que está em relação ao objeto; 2) objeto, aquilo a que o sujeito se relaciona e o seu 3) fundamento, ou seja, a causa ou a razão, em virtude do qual o sujeito se relaciona ao objeto. Quando a relação entre o sujeito e o objeto é mútua, dizemos que é correlata. Pode ainda não ser correlato, neste caso, um dos termos é relativo ou parcial em relação ao outro, e o outro é absoluto, em relação àquele (existe aqui uma certa extensividade entre os termos, de modo que um abarque o outro).

Os fundamentos podem ainda ser intrínsecos ou extrínsecos.

4.4.3.1 Fundamentos intrínsecos

Os fundamentos intrínsecos estão diretamente relacionados ao maior interesse subjetivo referente à correta aplicação da norma ao caso concreto e são: 1) a motivação da honra subjetiva e 2) a índole do julgador e seu estado de espírito, que o dispõe a buscar a medida certa na aplicação da lei.

4.4.3.2 Fundamentos extrínsecos

Os fundamentos extrínsecos são aquelas realidades objetivas, externas ao agente, como os pressupostos legais que autorizam ou exigem a prática do ato ou outro pressuposto qualquer não positivado.

4.4.4 Teleológicos

O aspecto teleológico do interesse refere-se, pois, à própria utilidade, que tanto mais ampla será, quanto maior seja a satisfação almejada, em função e proporção do objeto.

4.5 Nosso conceito

Princípio do interesse é um dos princípios secundários ligados aos elementos constitutivos materiais do princípio da razoabilidade, cuja natureza é essencialmente determinada em função do objeto que é considerado, segundo sua extensão e intensidade, e por fim, a relação com seus fundamentos, que podem ser intrínsecos e extrínsecos.

Trata-se ainda de um pressuposto à formação da lide, que se compõem de: sujeito, objeto e relação. Seus sujeitos podem ser individuais, difusos, coletivos propriamente ditos, individuais homogêneos e acidentalmente coletivos.

5 Subprincípio da legitimidade dos atos

Os atos ilegítimos também não podem atender ao princípio da razoabilidade, por serem jurisdicionalmente inválidos, contrários ao direito ou por carecem de um dispositivo que lhe dê o amparo legal para serem realizados. Esta ilegitimidade é extensiva a todo o direito e está intimamente relacionado ao princípio da legalidade, que tem sua expressão em todo o ordenamento jurídico, mas especialmente:

- a) no direito penal: “nulla crimen sine lege” nenhum crime sem lei (anterior, que o defina), “nulla poena sine lege” sem lei não pode haver pena;
- b) Constitucional: No artigo 5º, inc II "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei";
- c) Administrativo: No que se refere principalmente ao Princípio da estrita legalidade, em que o administrador encontra um limite em sua discricionariedade. No direito privado ocorre o inverso, tudo que não é proibido é permitido, diferentemente do direito público, onde só é permitido fazer o que está normalizado. Não há que se confundir o princípio da estrita legalidade com o da legalidade, que é matéria eminentemente Constitucional.



5.1 Objetivo

O objetivo deste princípio é evitar a ingerência na utilização do poder, seja para evitar atos por parte de agentes incompetentes (isto quando não o são também desqualificados) ou ainda por prepostos que se autoqualificam, sem qualquer suporte jurídico garantidor. Os dispositivos referentes vinculam também às formalidades exigidas, conforme seja o tipo do provimento. Obviamente, este dispositivo não é limitado apenas à emissão do juízo, mas também a todo o arcabouço hierárquico.

Um exemplo relativo à legitimidade legal e delegada encontra-se nos artigos 62²⁶ e 68²⁷ da Carta Primavera, no princípio do juiz natural etc.

5.2 Legalidade x legitimidade x ilicitude

Embora os termos pareçam semelhantes, substancialmente diferem entre si, senão vejamos: A legalidade é a adequação do fato concreto à norma formalmente constituída. A devida formalidade da norma, “i. e.”, os processos de elaboração, discussão, revisão, votação, sanção, promulgação, publicação pelos órgãos competentes (legítimos), estão ligados à legitimidade. A ilicitude, por sua vez, refere-se ao ato não autorizado, mas que não contraria a ordem jurídica expressamente. Já a legitimidade relaciona-se à legalidade e ao sujeito propulsor do ato simultaneamente.

5.3 Procedimentais

Os requisitos procedimentais são aqueles previstos para a formação do juízo e sua aplicação ao caso concreto.

5.4 A Legitimidade

Um ato só pode ser legítimo, se quem o produz está apto a produzir o resultado. Remetamos aqui ao Princípio do Juiz Natural, que dispõe que o Magistrado deve estar agregado ao órgão do Poder Judiciário de onde emanam os dispositivos, nos termos do Art. 92, caput da CF. Não são aceitos, portanto, que pessoas desimbuídas do poder estatal, as meras opiniões populares, os fluxos das massas não legitimados para emitir um julgamento, tomem a decisão no lugar de quem deve tomá-las. As paixões e comoções populares, por vezes, até alteraram a legislação ou influenciam alguns julgadores, contudo, deve-se ter muito cuidado, pois quando alavancadas pelo calor grupal e sentimentos imensurados, produzem somente excessos, isto, sem contar o fato de que as massas, em geral, não possuem qualquer preparo para emitir um juízo. Sua legitimação somente deve ser considerada em razão dos despotismos e suas variantes no âmbito político, que atuarão no judiciário, de forma indireta pelas vias do legislativo, mas não devem ser consideradas pelo âmbito jurídico, para cristalizar sentimentos de represália. Na maioria dos casos, os componentes das massas vêm de famílias desestruturadas, necessitadas, que almejam mais a vingança que a justiça. Também é exigido que se esteja munido das garantias devidas, conforme as assinaladas no Art. 95 da CF. Contudo, isto ainda não basta, deve-se também estar imbuído da competência jurisdicional necessária para tratar do assunto em pauta e o órgão competente deve ser posterior ao fato, “ex post facto”, a fim de se manter o devido distanciamento, a imparcialidade necessária para

²⁶ Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Emenda 032-2001).

²⁷ Art. 68 - As Leis Delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

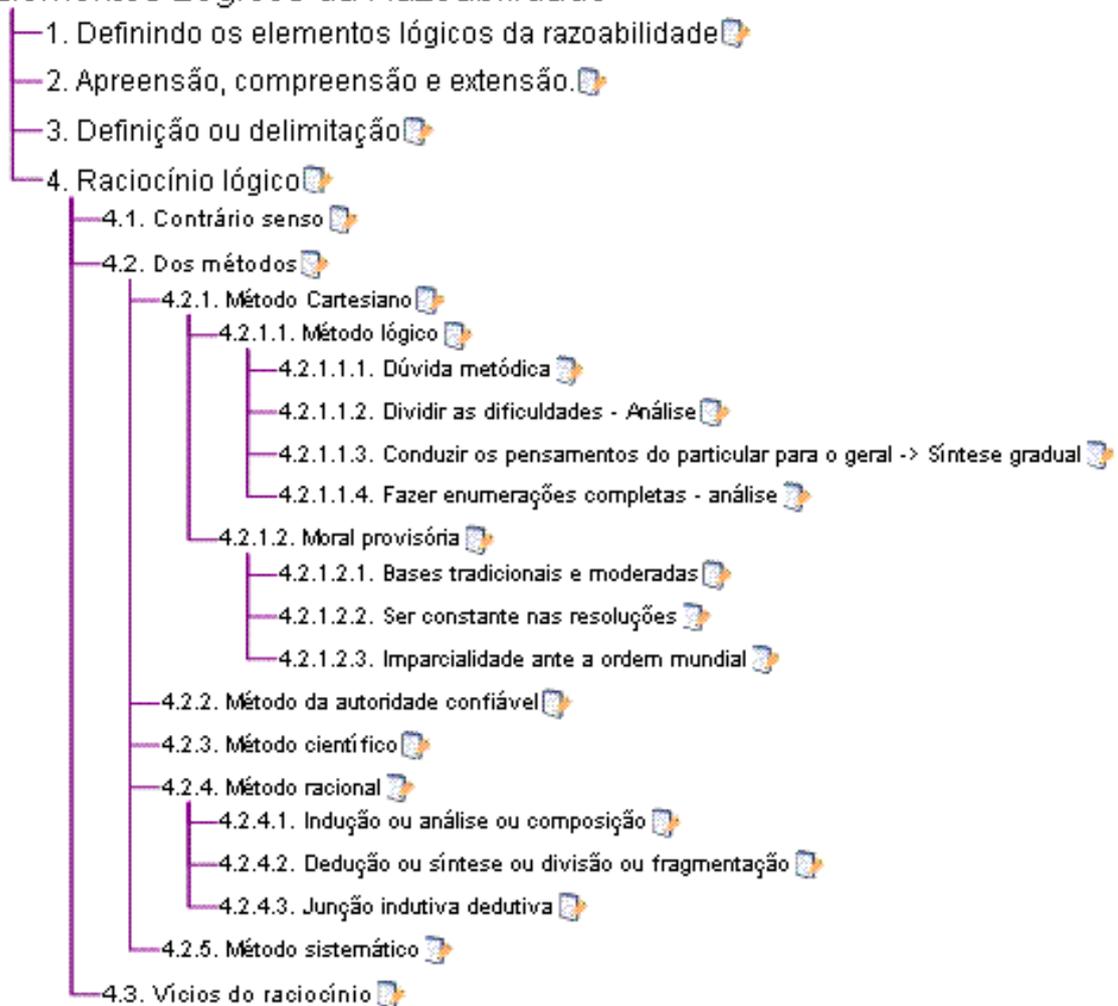
que seja efetuado um justo julgamento. Tribunais de exceção não são admitidos. Tal assertiva tem seu amparo no art. 5º, inciso LIII da Magna Carta²⁸ e pelo inciso XXXVII²⁹.

²⁸ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

²⁹ XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

6 Elementos Lógicos da Razoabilidade

Elementos Lógicos da Razoabilidade



6.1 Definindo os elementos lógicos da razoabilidade

Os elementos lógicos da razoabilidade são os diversos procedimentos racionais que auxiliam na concepção do juízo (pode-se dizer que são verdadeiras ferramentas da razão). Passam inicialmente pelo procedimento da apreensão, consubstanciando-se pela compreensão e culmina-se com a extensão do domínio do conhecimento necessário, utilizando-se, para tanto, dos mais variados métodos disponíveis, em função do objeto do juízo, tais como o indutivo, o dedutivo, o cartesiano lógico ou moral (ou ambos), o racional, o sistemático, cuidando sempre para imiscuir-se dos vícios do raciocínio.

6.2 Apreensão, compreensão e extensão.

Sob o ponto de vista etimológico, aprender vem do latim: “apreendo”, tomar, agarrar, segurar, prender, aprender; mas do ponto de vista lógico, segundo Rejis Jolivet³⁰ é “*O ato pelo qual o espírito concebe uma idéia, sem nada afirmar ou negar*”. Até este ponto, o que temos é tão somente uma percepção dos fatos, da forma mais e acurada possível. A forma como o conhecimento foi apreendido será determinante para sua compreensão e sua extensão;

Entendemos por compreensão o perfeito e claro domínio do conjunto de elementos que compõe uma determinada idéia, fato ou objeto, e por extensão, como o alcance deste domínio junto a estas mesmas idéias, fatos ou objetos. Assim, ao presenciar-se um determinado fato, imediatamente uma apreensão é efetuada, através dos cinco sentidos “*nihil est in intellect quod prius non fuerit insensu*”³¹. Para esta apreensão, não há que se falar em juízo. A compreensão vem dos detalhes, dos elementos componentes daquele fato, tais como circunstâncias de tempo, modo, lugar enfim. No direito penal, as circunstâncias são fatores elementares que aumentam a compreensão acerca do delito. Quanto à extensão, seu alcance pode ultrapassar os limites de um determinado tempo e o espaço quando se referir a um fato. É a amplitude o que importa, ou seja, ultrapassar os conceitos fundamentais temporais e espaciais. Tratando-se das idéias ou mesmo dos objetos, importa, ultrapassar, seus limites espaciais sensíveis ao senso comum. Em lógica formal, a relação entre compreensão e extensão do objeto apreendido é inversamente proporcional, isto porque a extensão segue uma linha imaginária horizontal, ao passo que a compreensão segue uma linha vertical. De uma forma mais simples, podemos afirmar que um advogado, promotor ou juiz, conhece em extensão todo o direito, mas compreende mais profundamente determinado tema. A clareza reflete-se no “*tantum*” suficiente para que um determinado ponto seja destacado suficientemente em relação aos demais, de forma que um termo, mesmo em sentido amplo, não seja confundido por outro.

6.3 Definição ou delimitação

A palavra definir deriva do latim “*definitio*”, ação de estabelecer limite. Para os fins lógicos da razoabilidade, referir-se-á à circunscrição do tema, do objeto etc, traçar seus limites o mais precisamente possível.

³⁰ “Op. cit.”

³¹ Nada existe no entendimento que não tenha passado previamente pelos sentidos.

Traçar limites precisos não é tarefa puramente conceitual. Isto se faz necessário também, em virtude de que quando uma decisão está em voga, sua delimitação equivocada poderá alterar o resultado final do juízo. Muito embora a lógica filosófica não aprecie uma definição negativa, como no caso em que, ao não ser possível exprimir com clareza o que é uma coisa, parte-se para seu oposto, dizendo o que não é; no direito, este contraponto é admitido e um dos recursos muito utilizado para este fim é o chamado "contrario sensu" em que a definição consiste no fato de que uma coisa é o contrário do seu oposto. Assim, não é rara a utilização deste termo para se fazer alusão a um contraponto diametralmente oposto ao que se está sendo tratado. Deve-se ter o cuidado com os termos que indevidamente definidos, podem levar-nos a equívocos. Não devemos confundir o termo "contrário senso" com o "contra senso" (que se refere ao que é contrário à razão ao que é irracional) que nos levará, inevitavelmente, a um final indesejado.

A mais proveitosa delimitação é aquela que divide o fato, a idéia e o objeto em partes que sejam ao mesmo tempo autônomas e consistentes. Assim, qualquer divisão que se faça ao objeto referente, cumpre-se que sejam mantidas a sua unidade e solidez, que forme alguma coisa, caso contrário, será parte dependente do definido. Tratando ainda da autonomia; não basta que ocorra uma "petição de princípios", que consiste em dizer que "uma coisa é uma coisa", pois é regra lógica que, na definição, não se contenha o definido. Destarte, é inadmissível em um procedimento de razoabilidade, que se diga: "fulano é criminoso porque é criminoso", e sim, diz-se que "fulano é criminoso, porque cometeu tal crime, crime este que está positivado em tal lugar, de acordo com tais regras". A delimitação deve ser tanto mais rigorosa, completa ou adequada, quanto for a valoração do bem da vida em voga. Ao mesmo tempo não se podem ensejar reduções, de forma que um elemento esteja compreendido em outro. Dessarte, os termos roubo e latrocínio devem ser utilizados independentemente, pois o termo latrocínio absorve o roubo e o roubo não alcança o latrocínio.

A delimitação, na ciência do direito, pode ser ainda lógica ou moral. É lógica quando bastar à própria razão humana para seu delineamento, como no caso das objetividades, subjetividades, características, elementos constitutivos, espécies do gênero etc; e moral, quando suas partes constitutivas são unidas por um elo coletivo, como no caso dos conceitos relativos à família, à nação ao bem comum. Termos estes vinculados essencialmente ao fator tempo e espaço.

6.4 Raciocínio lógico

Ao tratarmos da razoabilidade, deparamo-nos inicialmente, com a idéia de um encadeamento

lógico entre as diversas proposições, que resultarão em um juízo, de forma a oferecer uma boa margem de segurança com capacidade de evitar o erro. É nesse sentido que surge a idéia dos silogismos. O objetivo é a segurança de se chegar, o mais próximo possível da verdade, com o mínimo de erro, levando-se em conta que o conhecimento é dinâmico e, sendo assim, uma certeza que “é” hoje, pode não o ser amanhã. Segundo Régis Jolivet³² trata-se de uma *"operação, pela qual o espírito, de duas ou mais relações conhecidas, conclui uma outra relação, que desta decorre logicamente"*.

O fato de se extrair uma conclusão lógica, oriunda de dois outros pontos, desvela o caráter essencial, em que duas proposições nos induzem à consequência dos argumentos, de forma ordenada. Neste ponto, discordamos de Régis Jolivet que, ao tomar as operações do espírito pelas operações do intelecto³³, confunde as operações relativas ao “ente” com as do “Ser”.

Outra confusão que se costuma fazer, é aquela relativa à diferença entre o raciocínio e a inferência, que possui um sentido muito mais amplo, ao abarcar a indução e a dedução, ao passo que o puro raciocínio lógico circunscreve-se, tão somente ao processo de dedução, que será estudada mais adiante. Segundo as regras da lógica, qualquer raciocínio deve passar por duas fases: a primeira refere-se à compreensão da idéia, e a segunda, à sua extensão, ao seu alcance.

6.4.1 Contrário senso

Conforme já observamos anteriormente, o termo contrário senso (aqui destacado como elemento funcional para fins didáticos) cuja definição consiste no fato de uma coisa ser o contrário do seu oposto (não confundir com contra-senso), nada mais é do que a chamada conversão filosófica, cuja finalidade vem a ser a transposição dos termos em seus caracteres opostos, sem alteração de suas qualidades ou substâncias, bastando, para tanto, que cada um conserve suas contraposições originárias e respeitem os seus limites essenciais. Neste caso, uma assertiva em relação à outra pode ser excludente, quando se trata de uma negativa ou mesmo contrária, quando se trata de uma oposição, inviabilizando a ocorrência de um intermediário entre ambas, de forma que, em não sendo uma, consequentemente, é a outra.

Cabe esclarecer, ainda, que a conversão filosófica é um tipo de silogismo, e que, portanto pode estar culminado de vícios estruturais, caso não sejam observadas algumas regras. É bastante comum, por exemplo, nos tribunais do júri, os promotores de justiça afirmarem que, em não condenando o réu, os jurados (contrário senso) estarão condenando a vítima à morte. Atos como este, em muitos casos, padecem pela falta de ética e de técnica, pois aquele que assim o faz, em boa parte das vezes, expressa por intermédio de um silogismo de caráter

³² “Op. cit.”

³³ Tema este que será melhor abordado na metafísica da racionalidade, que por hora não é objeto desta obra.

sofístico; fato é que os termos particulares ou singulares são tomados por universais, o que nem sempre conduz a um juízo verdadeiro.

Aplicação prática desta funcionalidade:

1) Contrário senso dos termos universais positivos, que se convertem em termos singular negativos

Aqui a razoabilidade utiliza-se de critérios lógicos para a comprovação de uma afirmação universal, via contraposição dos termos particulares. Poderíamos ainda confirmar a existência da universalidade, pela exclusão de sua existência dicotômica singular:

CDC, 81, II - São interesses ou direitos coletivos, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

Contrário senso: não são interesses ou direitos coletivos, os transindividuais de natureza divisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas sem relação entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

Nesta assertiva, os termos opostos foram à natureza indivisível dos direitos coletivos e à relação jurídica entre os sujeitos, de forma que, alterando o contraponto destes termos, chegamos aos termos iniciais. A divisibilidade e a indivisibilidade são tratadas como termos contraditórios de uma qualidade da natureza do direito, ao passo que a coletividade, mantida, inalterada, poderia ser trabalhada, no sentido da exclusão do singular ou do particular. Em ambos os modos se chegaria a uma conclusão lógica.

Cumpra esclarecer aqui (nosso entendimento), que o termo "contrário senso", para fins de direito, deve ser entendido em sentido amplo, pois se trata de uma ferramenta. Em síntese, equivale a dizer que serve, tanto para as assertivas contraditórias, quanto para as contrárias, que passam a configurar espécies em que "contrário senso" é gênero.

2) Contrário senso dos termos universais positivos, que se convertem em termos singular negativos

CDC, 81, II - São interesses ou direitos coletivos, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

Contrário senso não são interesses ou direitos coletivos, os individuais, de qualquer natureza de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas ou não entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica-base. Foram alterados os mesmos termos que no primeiro caso, contudo, basta a contradita do termo "transindividuais" para a comprovação da conversão. Isto porque, *in casu*, a premissa maior é suficiente para resolver toda a questão, sendo os demais termos apenas incidentais, pois sua valoração somente é essencial, quando não for suficiente à do termo mais genérico.

3) Contrário senso dos termos particulares positivos que se convertem em termos singulares negativos: "CDC, 81, I - interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;"

Contrário senso não são interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas determinadas ou sem ligação entre si, por circunstâncias de fato;

4) Contrário senso dos termos singulares positivos, que se convertem em termos singulares negativos, a saber: “*CDC, 81, III - Os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*”.

Contrário senso, não são interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

6.4.2 Dos métodos

O método na acepção da palavra é o caminho. Trata-se de um procedimento lógico muito utilizado, que atendendo a um conjunto de regras e técnicas, possui a finalidade de auxiliar a investigação de um conhecimento, pela isenção de espírito, de caprichos, vaidades, acaso etc. O método oferece uma margem de segurança em todas as investigações.

6.4.2.1 Método Cartesiano

Nesta parte da obra, dispõem-se mais precisamente as regras do método Cartesiano. Cartésio considerava o método de tal importância, a ponto de declarar que as inteligências variam, em razão do método que se dispõe a utilizar. Entendemos que o método, um dos fatores que interferem no resultado final do trabalho, influenciam, sim, na forma de utilização da inteligência, mas dentro de certos limites. Caso não fosse assim, pelas premissas Cartesianas, um deficiente mental poderia escrever uma tese somente, utilizando um método adequado. Contudo, tal assertiva pode ser muita bem considerada, se entendida na justa medida. Destacamos que estes métodos estão, hoje, incorporados às metodologias gerais do raciocínio. Só para ilustrar, mostramos que a divisão das dificuldades refere-se ao processo de nossa conhecida “análise”.

Apesar da proposta Cartesiana inferir-se aos métodos analíticos e sistemáticos, aqui praticamente será transcrito, mais a título de citação, e com a finalidade de isolamento de sua teoria, para trabalharmos este assunto um pouco mais adiante, quando tratarmos do método racional.

6.4.2.1.1 Método lógico

Pelo método lógico, tem-se a chamada dúvida Cartesiana, que consiste em não aceitar nada como verdadeiro, sem antes passar por um tratamento empírico, segue seu curso, dividindo as dificuldades, em um processo analítico. Prossegue com a utilização da lógica silogística, onde as premissas partem, do particular, para o geral e, por fim efetuam-se enumerações exaustivas sobre o tema abordado, na quase certeza de nada esquecer. Eis seus

quatro postulados:

6.4.2.1.1.1 Dúvida metódica

Nunca receber coisa alguma como verdadeira, desde que não se evidenciasse como tal. Isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção e não aceitar senão aqueles juízos que se apresentassem clara e distintamente ao seu espírito, de modo a não ser possível a dúvida a respeito deles.

Esta corrente metodológica afirma que, para saber bem, é necessário bem duvidar. Um dos maiores benefícios da dúvida metódica vem justamente a ser a suspensão dos preconceitos (ainda que temporária - para os mais fracos), fato é que um ponto de vista inflexível é um abismo ao recebimento do conhecimento. Vale ressaltar que preconceitos, todos nós temos, em maior ou menor grau; admitir esta premissa é abrir as portas ao conhecimento mais puro.

Algumas dúvidas, porém, não são passíveis de existência. São aquelas "verdades" plenas de evidências, as quais são evidentes, por si mesmas. Assim, podemos enquadrar a assertiva: "o sol brilha durante o dia" se formos nos referir à diferença entre o dia e a noite. Mas talvez não passemos afirmar que "o sol brilha" para os fins da física, pois, amanhã, algum cientista poderá afirmar que a zona de frequência de radiação solar não se refere ao que entendemos como brilho, mas apenas a alguma forma de inflexão de onda no globo ocular, distinta daquele que seja estipulado como brilho (é aqui que se abrem as portas para a dúvida metódica).

6.4.2.1.1.2 Dividir as dificuldades - Análise

Dividir as dificuldades que teria de examinar em tantas parcelas quantas pudessem ser e fossem exigidas para melhor compreendê-las.

Em síntese, basta dizer que a análise deve ser completa e precisa, a terceira regra será demonstrada mais adiante.

6.4.2.1.1.3 Conduzir os pensamentos do particular para o geral -> Síntese gradual

Conduzir por ordem os seus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo certa ordem entre os que não se precedem

naturalmente uns aos outros.

Aqui, Descarte procura infundir uma graduação sintética. Os pensamentos devem ser estabelecidos em um processo ordenado, hierarquizado. Isto nos lembra a forma como a Teoria Darwinista foi estruturada em uma seqüência lógica, que envolvia reino, filo, classe, ordem, família, gênero e espécie, formando assim um elo de interdependência entre um nível e outro.

6.4.2.1.1.4 Fazer enumerações completas - análise

Fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que pudesse estar seguro de nada haver omitido.

Seria praticamente uma repetição da segunda regra se não fosse a parte concernente às revisões.

6.4.2.1.2 Moral provisória

A moral provisória Cartesiana consiste em um conjunto de regras pragmáticas e necessárias à manutenção de um juízo intermediário, que irá coordenar as nossas ações, até que se formem os próprios alicerces. Visa a que o indivíduo não permaneça irresoluto, na inércia, pela falta de um senso moral. Cabe ressaltar que para, demonstrar a disciplina do autor acerca de seus métodos, basta mencionar que este demorou nove anos antes que viesse a tomar uma posição acerca das discussões de sua época.

6.4.2.1.2.1 Bases tradicionais e moderadas

Obedecer às leis e aos costumes de nossos pais, guardando a religião em que nos instruíram durante a infância, e governar-nos segundo as opiniões mais moderadas dos homens mais sensatos entre os quais vivemos;

De uma maneira geral, o "caminho do meio" é sempre mais saudável. Quando se assume uma posição intermediária entre dois opostos, entre o batalhar das antíteses (em que, de um lado, está uma tese e, do outro, a antítese, de onde surge então uma síntese, que passa a ser uma antítese de outro contraponto, e assim sucessivamente...), tende-se a errar menos, pois os excessos são sempre nebulosos. No entanto, não se deve confundir o "caminho do meio" com a falta de uma posição ou com o "ficar em cima do muro", com a falta de personalidade, com a fraqueza moral, fator este, em geral, repudiado pela sociedade, "*..sedes quentes ou sedes frio, se fores morno, vos vomitarei...*" Evangelho.

Em geral, é preferível (é muitas vezes até perdoado) que se tome uma decisão equivocada a não assumir posição alguma diante dos fatos, do bem da vida. Este entendimento está inclusive posicionado em nosso ordenamento jurídico, no CPC, art. 126³⁴ c/c Art. 4º da LICC³⁵ que incute ao magistrado a obrigatoriedade do provimento jurisdicional.

6.4.2.1.2.2 Ser constante nas resoluções

Já dizia Descartes:

*“Seremos o mais firme que pudermos em nossas ações; e seguirmos, com constância, as opiniões pelas quais nos decidirmos. Numa floresta não devemos parar nem vaguear de um lado para o outro, mas caminhar direto, sempre no mesmo rumo”*³⁶.

Nos séculos passados, havia uma idéia dominante na Europa, de que o príncipe não poderia mudar de opinião. Depois de tomada uma decisão, estivesse certa ou errada, o ato deveria ser executado até as últimas conseqüências. Encontram-se muito destes pressupostos, inda hoje, na prática. “É sempre muito penoso admitir um equivoco”. Não são raros os pedidos de reconsideração, judicial *lato sensu* em que o magistrado, vendo a equidade do pedido, indefere-o, obrigando sua remessa a uma instância superior, abarrotando ainda mais os tribunais, desnecessariamente. Comenta o penalista Luis Flávio Gomes, em suas aulas "... para se admitir um equivoco judicial é necessária uma grande virtude da alma: ‘a humildade...’”.

6.4.2.1.2.3 Imparcialidade ante a ordem mundial

*“Procurar sempre vencer-nos antes a nós do que a fortuna, e modificar antes os nossos desejos do que a ordem do mundo”*³⁷.

Existe um aforismo popular que expressa bem o ponto final desta máxima nos seguintes termos: "Senhor dai-me forças para mudar o que deve ser mudada, resignação para aceitar o

³⁴ CPC, Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³⁵ Art. 4º da LICC. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁶ DESCARTES, Rene, **Discurso do Método**, Coleção universidade de Bolso, Ediouro.

³⁷ Descartes, “Op.cit.” .

que não pode ser mudado e sabedoria para distinguir entre os dois". Descartes acreditava que a única coisa que possuímos realmente são os nossos pensamentos, de forma que é mais fácil mudar os nossos desejos, nossas aspirações, do que mudar a ordem do mundo. Neste sentido, a máxima popular supracitada apresenta-se como uma boa opção, eis que possui três premissas básicas, ao invés de uma.

6.4.2.2 Método da autoridade confiável

Este método baseia-se na confiança de uma suposta autoridade, que detenha os requisitos intelectuais e morais, para discorrer sobre um tema. No direito, este método é muito utilizado, de forma indireta, no que concerne à doutrina e, de forma mais direta, no que tange à jurisprudência, sendo que, em muitos casos, é até exigido ou se está em vias de sê-lo (caso das súmulas e das súmulas vinculantes). Assim, é muito provável que, ao se chegar um litígio a uma instância Suprema, tendo o Magistrado observado este método, será mantido “o seu entendimento”. Cabe lembrar, que as altas cortes (“ao menos em tese”) são constituídas, observando-se, entre os seus requisitos, alto saber jurídico.

6.4.2.3 Método científico

É o método que se baseia na experiência, na comprovação, na repetição dos experimentos, com a finalidade de comprovação ou negação das hipóteses.

6.4.2.4 Método racional

Trata-se do método, em que as proposições inserem-se, por meio das especulações filosóficas, matemáticas e pelas vias da indução e da dedução.

6.4.2.4.1 Indução ou análise ou composição

Pelo raciocínio indutivo ou analítico, o pensamento flui, de uma premissa singular, para uma premissa universal. É o processo da análise, que faz fluir o conhecimento da parte, em direção ao todo; por estes dispositivos, procura-se agregar as partes, de forma a constituir uma disposição geral, um todo tão compreensível e completo, capaz de se tornar uno. Estes processos coordenam os movimentos entre as causas e os efeitos, entre os fatos e as leis (que seguem a estes fatos), das idéias simples, às mais complexas. Dessarte, podemos estudar, de forma originária, por exemplo, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale analisando-se o surgimento do fato social (causa), que é filosoficamente valorado (processo indutivo dedutivo) dando origem (no sentido de efeito), compondo, sintetizando-se em uma norma (conseqüência, fruto do processo indutivo).

A diferença entre indução e análise refere-se somente ao campo da extensão, eis que, para fins filosóficos, a indução é tratada como uma espécie de análise, devido ao fato de estar disposta como um dos instrumentos desta, mas, para fins de direito, esta especialização não encontra qualquer utilidade prática, podendo ser considerada como sinônimo.

6.4.2.4.2 Dedução ou síntese ou divisão ou fragmentação

Na dedução, ocorre o oposto da indução; trata-se de uma operação do intelecto, pela qual de uma premissa geral, extrai-se outra, particular (*lato sensu*).

Exemplo: Os Magistrados do Sul são mais liberais. Oras o Dr. Sicrano é do Sul. Logo o Dr. Sicrano é liberal.

Pelo processo da síntese, o investigador se introduz no conhecimento, pela fragmentação do objeto, até adentrar a sua essência, sua menor partícula, considerada, naturalmente indivisível, ao menos para o momento (eis que o conhecimento é dinâmico). Separa o que é essencial do accidental, aquilo que se agregou à essência, modificando a forma como ela se evidencia. Neste procedimento, ocorre o caminho inverso ao da análise. Eis que o caminho percorre a trilha dos efeitos às causas, das idéias gerais às mais simples, aqui os projetos são ideais, seguem, do curso das aspirações, as concretudes. Estamos então tratando dos princípios aos quais decorrerão as normas. Assim, se adotarmos os princípios gerais das três primeiras gerações dos direitos humanos, consagrados pelo sangue Francês: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, para formarmos leis gerais, que atendam a estes princípios, será necessário desmembrar cada um deles, em tantas partes quanto sejam suficientes, de forma a tornarem-se independentes, tais como no caso da liberdade, que pode ser desmembrado em liberdade de locomoção, de pensamento, de reunião, de associação, de profissão, de ação, etc, só então e a partir daí, inicia-se o processo de criação das normas pertinentes.

A diferença entre a dedução e a síntese refere-se somente ao campo da extensão, eis que, para fins filosóficos, a dedução é tratada como uma espécie de síntese, estando mais para a qualificação instrumental, como no caso da diferença entre a indução e a análise. Em regra - como no caso anterior - para fins de direito, não possuem qualquer utilidade prática, podendo ser consideradas como sinônimo.

6.4.2.4.3 Junção indutiva dedutiva

Durante o processo de formação do juízo, encontra-se em movimento o projeto experimental. Mesmo que inconscientemente, neste estágio, ocorre um batalhar entre os

processos indutivos e dedutivos; ora se faz uma análise e ora se faz uma síntese, como no jogo do “contrário senso”, a fim de que se comprove a materialidade, pela verificação da adequação da assertiva, com o oposto de seu contrário. Somente depois de verificado o resultado zero entre as dualidades, é possível afirmar-se a composição do conhecimento. Como é passível de observação, tanto a análise quanto a síntese devem ser trabalhadas conjuntamente, na construção do juízo; basta averiguarmos o resultado de um trabalho isolado com qualquer um deste método racional. Caso utilize-se somente a síntese, carecer-se-ia do processo do aprofundamento, do esgotamento das possibilidades, cedendo-se a juízos temerários. Contrário senso, utilizando-se somente da análise o conhecimento, expandir-se-ia a recôncavos distantes de seu objetivo. Criar-se-iam teses prolixas e impertinentes. A utilização dual destas ferramentas atua como um sistema de freios e contrapesos, onde a síntese atestará a plenitude da análise e a análise atestará a objetividade da síntese.

O interessante disto tudo é que a síntese, em si mesma, representa o resultado oriundo do batalhar das antíteses. É o ponto de equilíbrio, por isto, chamado de “ponto zero” e este resultado final dará ensejo a um outro processo - vez que originou um novo ente - com todas as estruturas atinentes ao “ser e ao não ser”. Logo, necessariamente, haverá necessidade de uma antítese, e assim, continuamente, em um processo infindável, que constitui a mais fiel representação da evolução humana. A conclusão deste processo somente poderá ser compreendida, através da metafísica da razoabilidade.

6.4.2.5 Método sistemático

Refere-se aos métodos que visam à construção de sistemas organizados, de forma que uma idéia possa ser relacionada com a outra, como em uma árvore, que possui raízes que se dividem. O encadeamento de idéias pode ser representado por “mapas mentais”, esquemas, quadros. Segundo seus defensores, tais estruturas são muito parecidas com a forma dos neurônios cerebrais e, deste modo, seria mais fácil ao intelecto formar um conhecimento, a partir de uma organização que lhe é familiar.

6.4.3 Vícios do raciocínio

A conseqüência do incorreto encadeamento lógico entre as diversas proposições que resultarão em um juízo, nada mais são do que os vícios do raciocínio. Quando devidamente estruturados, estes vícios podem ser previstos e até elaborados. Conseqüentemente, podem também ser evitados. Estes vícios do raciocínio podem ainda ser utilizados para defender qualquer tipo de idéia, qualquer forma moral e é capaz de enganar ao mais sagaz dos intelectos, convertendo o bom em mau e o mau em bom. Existe outra forma de se converter o

bom em mau e o mal em bem, mas que está em nível superior ao do raciocínio; como não é o objeto deste estudo não adentrarei ao tema.

Os vícios do raciocínio nada mais são do que os sofismas, que incutem um raciocínio equivocado, a ter uma aparência de verdadeiro. É comum dizer que, em lógica, podem existir cerca de 64 tipos de estruturas de silogismos, contudo, a grande maioria das estruturas pecam contra alguma das regras, sendo considerados apenas 19 os legítimos, de modo que possam ser utilizados, sem que se fosse levado ao erro. Os silogismos equivocados, quando feitos de boa fé, sem a intenção de enganar, são chamados de paralogismos. Existem silogismos sofistas de indução, dedução, palavras, idéias, etc.

No campo do direito, o mais conhecido é o das palavras e das idéias, que consiste (a primeira) em utilizar uma palavra em sentido diverso do que se deveria fazê-lo. Daí as exigências da interpretação lógicas gramaticais, mediante a qual o hermeneuta, imbuído da virtude da boa fé subjetiva, busca o sentido do texto legal. No campo das idéias cabe a interpretação sistemática por parte do interprete, assim, ele busca vários princípios, vários artigos e conceitos próprios, aplicáveis ao instituto jurídico. Em todos os casos, a boa fé subjetiva (intenção + probidade (lealdade)) é essencial.

7 Princípio da proporcionalidade

Utilizar o princípio da proporcionalidade é interagir com a ponderação de interesses, almejando alcançar a validade dos atos pela correta mensuração. O ícone que representa mais fielmente este princípio é a balança da lei. De um lado, encontram-se os atos humanos e, do outro, a medida, o peso do ordenamento jurídico positivado. Sob o ícone do coração, que geralmente se encontra no prato esquerdo (lado sede do órgão), concebemos a idéia de que não são somente os atos humanos que estão em voga, mas também os seus aspectos subjetivos, que em muitos casos também se encontram positivados, principalmente na esfera penal (tal como ocorre com o dolo). Desta forma, este signo remete-nos a uma ponderação que atenda aos demais aspectos subjetivos, levando-se em conta que o fim último da lei é o homem e não a lei “em si mesma”.

Princípio da proporcionalidade



7.1 Histórico

Sob o ponto de vista histórico, a razoabilidade, a proporcionalidade, a finalidade, a translatividade, todos estes princípios já foram tratados por Cesare Beccaria, ainda que alguns não o foram, de forma mais aberta. E mais uma vez, em sua obra *Dos Delito e das Penas*³⁸, na parte relativa a Proporção entre os Crimes e as Penas declara enfaticamente:

"...achar-se-á uma progressão de crime, dos quais o maior será aquele que tende à destruição

³⁸ "Op. cit."

da própria sociedade. Os menores delitos serão as pequenas ofensas feitas aos particulares. Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas aplicadas aos delitos e que, não aplique os menores castigos aos maiores delitos."

Vê-se, pois, que, para o Grande Mestre do Direito Penal, cuja ênfase refere-se ao plano penal, a razoabilidade da utilização do princípio da proporcionalidade encontra seu centro de gravidade na manutenção da própria sociedade; ponto ao qual convalidamo-nos e fazemos nossas as suas palavras, visto que consideramos o princípio da finalidade como um dos sustentáculos do grande princípio, afinal, dois dos pontos teleológicos da razoabilidade encontram-se justamente na sociedade e no dano.

7.2 Objeto Jurídico

O objeto jurídico do Princípio da proporcionalidade é a ponderação dos interesses, a medida do ato devidamente pesada e equacionada em razão direta, a ação é reação.

7.3 Elementos constitutivos

É viável o estabelecimento dos elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, que podem ser divididos em materiais, formais, lógicos e teleológicos.

7.3.1 Elementos materiais

Os elementos materiais referem-se aos aspectos existenciais concernentes ao sujeito e ao objeto.

7.3.1.1 Subjetivas

No que tange aos aspectos materiais subjetivos, deparamo-nos com o sujeito, seja pelo seu aspecto existencial antecedente, ou pelo âmbito interno deste.

7.3.1.1.1 Sujeito

É de se supor que as noções de proporcionalidade são, de certa forma, pré-existentes ao espírito, em sua forma "a priori", e pela via da experiência, em sua forma "a posteriori", podendo a razão avocá-las, sempre que necessário.

Chegamos a esta conclusão, pela premissa de que: a mensuração é uma constante da vida diária de cada um. Diariamente, efetuamos cálculos em todos os pontos de nossa

existência. A exemplo, podemos sugerir o tempo gasto para se ir ao trabalho, o orçamento familiar, as contas do supermercado, a simples medida de água no arroz, etc

7.3.1.1.2 Motivo intrínseco

O maior interesse subjetivo referente à correta aplicação da norma ao caso concreto são: a motivação da honra subjetiva, a índole do julgador e seu estado de espírito que o dispõe a buscar a medida certa na aplicação da lei. Internamente, constantemente, em cada ser humano, em um nível subconsciente, estão sendo efetuados cálculos matemáticos sobre nossas atitudes. É importante que este saldo seja positivo, para que o homem viva em paz consigo mesmo, a natureza íntima impõe esta obrigação, ainda que não se tenha consciência disto. Uma consciência atordoada pode afetar um juízo futuro, daí a necessidade subjetiva de se utilizar corretamente a espada e a balança.

7.3.1.2 Objetivos

No que tange aos aspectos objetivos, destacamos o objeto quanto a sua extensão e intensidade, bem como os elementos extrínsecos relativos ao sujeito.

7.3.1.2.1 Objeto

Celso Antônio Bandeira de Melo utiliza os critérios de extensão e intensidade como mensuradores deste princípio:

"Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto, freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas, na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado, para cumprimento da finalidade de interesse público a ela atrelado".

Resta-nos esmiuçar o que pode ser entendido como extensão e intensidade, para melhor compreendermos o que dá a legitimidade a um ato no entendimento do citado autor. Inicialmente, é cabível a observação de que estes dois termos não são sinônimos. Se tomarmos o termo extensão e o colocarmos em uma linha horizontal e o termo intensidade em uma linha vertical, tudo pode ficar mais claro. Senão vejamos:

7.3.1.2.1.1 Extensão

Colocando a extensão em uma linha horizontal, encontraremos todas as situações fáticas que podem relacionar-se com o princípio em voga, sejam os limite precisos dos acontecimentos, todos os elementos constantes, as circunstâncias -inclusive os casos fortuitos e a força maior- e por conseguinte, sua relação direta com a competência daquele que profere

o ato, que não sendo devidamente observado, ocasionará a inadequação ao escopo legal.

Aplicam-se aqui as disposições referentes ao caso fortuito e à força maior, estudados no subprincípio do interesse, por absoluta conexão à proporcionalidade, em seu âmbito extensivo.

7.3.1.2.1.2 Intensidade

Colocamos a intensidade no plano vertical, para simbolizar o peso da atitude, o destorço produzido e suas conseqüências. Neste sentido, declara o autor: "...ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis a satisfação do interesse público."

7.3.1.2.2 Motivo extrínseco

São aquelas realidades objetivas externas ao agente, como os pressupostos legais, que autorizam ou exigem a prática do ato, ou outro pressuposto qualquer, não positivado.

7.3.2 Elementos formais ou de validade

Tem-se exigido dos princípios que, de certa forma, estejam amparados em pressupostos legais, que garantam a sua efetividade e aplicabilidade. Estes suportes podem ser encontrados, tanto de forma direta, como por vias oblíquas. No presente caso, por ser um princípio de larga aplicabilidade, encontramos-lo em diversos dispositivos, tanto constitucionais, como infralegais.

7.3.2.1 No direito

Um princípio não atinge sua maturidade plena, enquanto não esteja implementado juridicamente em um comando normativo. Até então se refere apenas como "um ideal", e sua aplicabilidade pode ser questionada ou até mesmo vedada. O princípio da proporcionalidade, bem como o da razoabilidade, já atingiu este patamar, a ponto de estarem positivados em nosso ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, mas de forma clara.

Seu anteparo jurídico está expresso no art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II e 84, IV.

"Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

In prima facie, deparamo-nos com o princípio da legalidade (e suas demais derivações) e é justamente aí que se encontra a proporcionalidade. É claro que, em um primeiro momento, refere-se apenas à proporcionalidade admitida dentro do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, não pode um magistrado imputar uma pena de cinquenta anos por um delito que está previsto em uma faixa considerada entre seis e vinte anos, e mesmo neste interstício, a imputabilidade penal deve atender a uma série de critérios pré-estabelecidos, como as agravantes, atenuantes, privilégios etc. Evidencia-se uma dedução implícita deste princípio, na medida em que o legislador afirma que existe um peso e uma medida para cada caso em particular. Por outro lado, a lei induz o julgador à aplicabilidade destes critérios, não cabe discricionariedade alguma, quanto à omissão deste princípio. Ele deve ser aplicado.

Existe uma espécie de simpatia em relação à parte com o todo e do todo com a parte, “i. e.”, se um ordenamento maior imprime uma determinação sobre um procedimento e este procedimento aufere-se diretamente a um princípio com “estatus” de garantia fundamental, logo podemos concluir que este princípio deve ser aplicado a todas as demais garantias e, por conseguinte, aos seus nexos incidentais normativos. O que vale para o todo deve também valer para a parte por derivação. O que pode o mais, pode o menos (poderíamos prosseguir analisando a questão do estado democrático de direito, o devido processo legal, entre outros, mas bastaria aplicar o mesmo princípio lógico, para se chegar até a proporcionalidade, por meio deles).

7.3.2.2 Exemplos de proporcionalidade no direito Brasileiro.

Além da Carta Magna, em muitos outros dispositivos, encontramos o devido suporte para a aplicação do princípio em voga. A título exemplificativo, passamos a citar alguns:

7.3.2.2.1 Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000

Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns:

Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, Anexo I

Regulamento da licitação na modalidade de pregão

“Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade³⁹, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas”.

7.3.2.2.2 Organização dos serviços de telecomunicações, criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais - L-009.472-1997.

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

7.3.2.2.3 LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

INTERPRETAÇÃO QUASE AUTÊNTICA. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

7.3.3 Elementos lógicos

Os elementos lógicos da proporcionalidade visam à busca de um suporte, de

³⁹ A própria legislação encarrega-se em distinguir a razoabilidade da proporcionalidade.

aplicabilidade prática; para tanto, cabe à eleição de seus limites, coligações e equações que lhe sejam pertinentes.

7.3.3.1 Limites

Os limites da proporcionalidade, ora são essenciais, quando a mensuração é efetuada em seus aspectos substancias (ex.: o crime de homicídio configura-se pela extinção da vida de outro ser humano, sem que haja qualquer causa excludente de ilicitude) ou extensivos ou genéricos, quando formulam os limites mais remotos que podem ser alcançados (ex.: é razoável que a pena para os crimes de homicídio varie de 6 a 20 anos)

7.3.3.2 Axiomas

Os axiomas são os princípios imediatamente ligados ao juízo, objeto da mensuração, que ditam as regras de como a proporcionalidade poderá ser aplicada.

7.3.3.3 Postulados

Os postulados são equações hierarquicamente posteriores aos axiomas da proporcionalidade, vez que não estão determinados, mas que a evidência os qualifica para uma aplicação prática final. Enquanto os axiomas estão mais ou menos positivados, via de regra, dos princípios em questão, os postulados são aplicados como uma espécie de arremate, um recurso final para o caso de um empate, como no caso da Fórmula Maquiavélica Mitigada. Trata-se assim de uma posição provisória, de terceiro grau, utilizada até que se constituam os limites e axiomas aplicados ao caso concreto.

7.3.4 Elementos teleológicos

Findando a escala dos elementos constitutivos da proporcionalidade, cabe elencar os elementos teleológicos, que são, em muitos casos, o cabedal que balanceará dois princípios ou duas grandezas.

7.3.4.1 Natureza da proporcionalidade

Consiste no ato de estabelecer as relações entre os diversos pontos preponderantes tendentes à realização de um juízo.

Pode ser uma relação entre dois princípios, como, por exemplo, a liberdade do indivíduo e a segurança da sociedade; pode haver ainda a mensuração entre princípios menores, em oposição a um maior (liberdade + vida x segurança social). Destarte, a

proporcionalidade constitui um processo racional, quase que matemático.

7.3.4.1.1 Natureza jurídica

Constitui uma poderosa ferramenta do princípio da razoabilidade, destinada à obtenção do justo juízo.

7.4 CONCEITO

Em sentido *lato sensu*, a proporcionalidade vem a ser a operação do intelecto, pela qual o sujeito, devidamente motivado para o ato do juízo, efetua uma operação de mensuração de objetos, abrangendo sua extensão e intensidade, com base em regras estipuladas, de forma intrínseca e extrínseca. Utiliza-se de elementos lógicos, ligados aos limites objetivos, axiomas e postulados pertinentes, estabelece relações tendentes à obtenção de um juízo adequado, tendente a uma utilidade prática, diante de uma necessidade determinada, que efetue a ponderação dos interesses resistidos.

7.5 Razoabilidade x proporcionalidade

A proporcionalidade procede da razoabilidade, eis que “a razão, em si mesmo, é incriada”. Assim, a proporção deve seguir, os ditames da razão. Além disso, a razoabilidade não é causa da proporcionalidade e muito menos a proporcionalidade é causa da razoabilidade, contudo, existe um nexos causal de procedentibilidade entre a proporcionalidade e a razoabilidade, que seria, então, neste sentido, a sua causa eficiente (que tem a sua própria virtude). Muito embora este nexos seja meramente instrumental, existe, sim, um nexos de causalidade, uma causalidade instrumental.

Para compreender mais facilmente e de forma mais extrínseca, basta dizer que a proporcionalidade é um instrumento (está a serviço) da razoabilidade. Não há vínculo de causa e efeito direto entre os dois princípios, pois uma não depende da outra para existir. Destarte, é possível que haja proporcionalidade, sem razoabilidade (existem muitos julgados neste sentido...) e razoabilidade, sem proporção (muito embora isto possa tornar um juízo inútil quando não... danoso).

Segue-se que o efeito da proporcionalidade vincula-se às determinações de sua procedentibilidade, que é de onde se extrai a sua consciência.

Celso Antônio Bandeira de Melo também entende tratar-se de uma das facetas do princípio da razoabilidade: "*Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é faceta senão do princípio da razoabilidade.*"

Vale ressaltar ainda que a própria legislação distingue a razoabilidade da proporcionalidade, conforme demonstrado nas indicações legais acima.

7.6 Subprincípios

Passemos agora a analisar alguns subprincípios, que fazem parte integrante do princípio da proporcionalidade, sobressaltando-lhe, ainda mais, seu aspecto funcional.

7.6.1 Princípio da utilidade

A utilidade do resultado auferido diante do tipo da providência requerida, em sentido amplo (formalmente e materialmente manifestado).

O interesse (*lato sensu*) nasce da invocação da tutela jurisdicional do Estado que, pelo meio adequado, determinará qual resultado mais útil, sob ponto de vista de quem está acima da relação dos interesses resistidos; assim, independe da procedência, o pedido, mas visa à apreciação do mérito, de forma justa e equânime. Mas do que adiantaria uma apreciação justa, se não for merecedora de utilidade prática, como ocorre nos casos daquela sentença com julgamento *ad perpetuum* em que o beneficiário do direito adquirido jaz em outro departamento da natureza⁴⁰? Caso muito frequentes nas ações previdenciárias (de caráter ordinário) em que, incontestavelmente, existe o "animus enrolandi". Não é demais repetir o brocardo "justiça tardia é injustiça". Assim, faz-se necessária a mensuração do custo-benefício. Não são raros os casos em que o detentor do direito opta por abrir mãos de um direito, para recebê-lo parcialmente, como no caso dos juizados previdenciários, onde se opta pela exclusão do valor superior ao teto, para adentrar com a ação e receber o benefício, ainda em vida. Outro exemplo é o caso da *astreinte*, que versa uma utilidade excepcional ao provimento.

7.6.2 Princípio da necessidade

O juízo é necessário, sob o aspecto da proporcionalidade, à medida que carece ou não da liberdade discricionária. Por vezes, o fato concreto imputa um ato imprescindível, sob pena de acarretar um dano atual ou iminente, ou ainda por estar inteiramente configurado dentro do ordenamento jurídico. Neste caso, a balança pende mais para um lado do que para o outro, tornando evidente o caminho a seguir, pela necessidade, ou seja, não existe liberdade sobre o que decidir; o caminho está traçado, obrigatória e necessariamente, seja pelos ditames da norma, seja pelo caso concreto.

É no âmbito da necessidade que fica mais claro o critério de ponderação dos interesses.

Ex.: No caso do programa Linha Direta, da rede globo (que conta a estória de casos reais) deparamo-nos com dois interesses, duas necessidades; de um lado, o direito de família, a honra, e, de outro, o direito de imprensa, o interesse público superior, a persecução criminal, a justiça.

Este princípio traz a idéia de que os atos jurídicos somente alcançam a sua validade, quando houver uma ponderação de interesses.

⁴⁰ Justiça tardia é injustiça.

7.6.3 Princípio da adequação

Quando se fala em princípio da adequação, pensa-se logo em procedimentos processuais e fungibilidade de ritos, o que é correto, contudo, é mais que isto, pois estamos tratando da proporcionalidade e não do processo, em si. Enquanto a utilidade dos procedimentos está relacionada à ação, a utilidade da proporcionalidade está ligada ao juízo e, para estes efeitos, o princípio da adequação imputa a idéia de que o juízo será, tanto mais adequado, na medida em que represente todos os elementos envolvidos no fato e no direito, para a solução de um determinado caso concreto. Oras, estamos falando na extensão dos elementos e dos requisitos do juízo, tais como evidência, certeza, limites etc, que será tratado posteriormente. Somente de posse de todos os elementos necessários, é que se pode chegar ao provimento adequado. Para ilustrar, de que adiantaria dar a um incapaz direitos sobre uma propriedade qualquer, sem que haja um curador ou um agente capaz de administrar estes bens, de forma que venha a converter-se em um real benefício para aquele. Percebe-se que a adequação e a utilidade estão relacionadas, de forma tal, que aquela atenda aos fins desta.

Outro exemplo da adequação pode ser auferido no âmbito administrativo, conferido mais pela doutrina do que pela Lei. Trata-se da aplicação disciplinar relativa às faltas comportamentais, em que a doutrina e a jurisprudência exigem que, antes da dispensa, o faltoso seja advertido e, posteriormente, suspenso. O objetivo é que, pela advertência, seja transformada a culpa em dolo. Somente então, sendo reiterada a atitude, consubstancia-se o dolo; aí, sim, suspende-se. Não surtindo resultados a suspensão, dispensa-se. Note-se que a adequação dos meios foi alterada progressivamente.

7.7 Métodos

A proporcionalidade, por seus aspectos práticos, possui algumas maneiras próprias de aplicabilidade, o que demonstra uma certa independência em relação aos demais princípios. Passemos a analisar alguns destes métodos:

7.7.1 Proporcionalidade pelo processo sintético.

O julgador utiliza-se da proporcionalidade, via processo sintético, quando baseia sua mensuração de um principio particular, em direção a um princípio mais geral, de onde se deduz uma consequência necessária, aglomerando-se, cada vez mais, até chegar ao subprincípio geral, que represente o caso concreto, que será o elo, a base, o ponto de partida de onde partirá a mensuração. Matematicamente, poderíamos dizer que $a + b = c$.

7.7.2 Proporcionalidade pelo processo analítico

O julgador utiliza-se da proporcionalidade, via processo analítico, quando baseia sua mensuração de um principio geral em direção a um princípio mais particular, de onde se induz a uma consequência necessária, subdividindo-se, cada vez mais, até se extrair o subprincípio que represente o caso concreto, que será o elo, a base, o ponto de partida de onde partirá sua mensuração. Matematicamente, podemos afirmar que $c = a + b$.

7.7.3 Proporcionalidade pela redução ao absurdo

Aqui o princípio da proporcionalidade é utilizado de forma transversal; consiste, pois, em

multiplicar o resultado da mensuração ao valor -1 (menos um) de modo que se suponha, momentaneamente, verdadeira, sua contradição. Averiguando-se um resultado absurdo, obtém-se, destarte o resultado zero; fica então comprovado a idoneidade do Juízo.

7.7.4 Proporcionalidade entre duas grandezas

Quando dois institutos possuem pesos diferentes, a proporcionalidade constitui-se em um processo fácil e evidente. Porém pode ocorrer que duas grandezas de mesma intensidade venham a se contrapor, ou que duas ou mais grandezas somadas, equiparam-se a uma outra, ocorrendo dessarte, que se tornando iguais entre si, ocorra um impasse, que a princípio pareceria insolúvel. Em muitos casos, a própria norma tem oferecido as soluções (geralmente protegendo aos menos favorecidos) como no caso do direito trabalhista com a premissa "in dubio pró operário", no direito penal, "in dubio pro reo", no direito consumerista, o princípio da hipossuficiência do consumidor, que nada mais é do que o exaurimento do princípio da proporcionalidade. Mas se, mesmo assim, após todos estes procedimentos serem aplicados, não for possível chegar a um denominador, então, sugerimos a fórmula de Maquiavel, devidamente mitigada, conforme adiante se vê:

7.7.4.1 Fórmula Maquiavélica mitigada⁴¹

Quem não conhece a famosa fórmula de Nicolas Maquiavel, extraída da obra "O príncipe" a qual destacamos: "O fim justifica os meios?". Nos últimos séculos, esta fórmula foi aplicada indistintamente, muitas vezes até de forma criminosa, para justificar a perfília de ditadores, genocidas, maus governantes, enfim. Mas também foi alvo de aplicação por pessoas bem intencionadas, que cometeram inúmeros erros, por desconhecerem a outra parte da formula, que será fornecida agora, e que pode fazer a diferença àquele que tenha o mínimo de bom senso. Embora esta segunda parte do enunciado seja capaz de corrigir inúmeros erros a que a fórmula original possa levar, o detentor da "pena", da caneta, falando em termos claros, é quem dirá com será feito. Seu "animus", seus valores, suas origens ainda serão seu maior norteador.

Pois bem, a formula completa é esta:

"O fim justifica os meios, desde que, dos males, o menor".

Frase de ampla aplicação, beleza de significado, que coloca a responsabilidade da avaliação nos últimos termos, atendendo a um critério finalístico. Ainda assim, a capacidade de se aplicar o princípio da razoabilidade, é mais subjetiva do que objetiva, mesmos com grandes quantidades de elementos, ainda que no uso da boa fé, é possível cair em erro, enganar-se. Cremos que a razoabilidade maior decorre de sua parte metafísica, da qual

⁴¹ Trata-se de um postulado.

pretende-se traças as primeiras linhas, em momento oportuno.

8 Juízo

A filosofia tem se firmado no entendimento de que o ato de julgar é uma das operações do espírito (leia-se atributo do espírito, quando da utilização de seu instrumento “o intelecto”). Ao se afirmar uma coisa de outra, estabelece-se o contraditório (batalhar das antíteses) com vistas à produção de uma conformidade do que se afirma em razão do objeto.



8.1 Natureza do juízo

Consiste na da aplicação do espírito, pela via do intelecto, a uma apreensão, compreensão e expansão do conhecimento, visando a uma posterior manifestação naturalística deste conhecimento.

8.2 Raciocínio e juízo

Enquanto o juízo é uma das ferramentas de que se vale a razoabilidade, o raciocínio é o modo mediato de se chegar a esse juízo e, por conseguinte, à razoabilidade.

8.3 Elementos do juízo

De um modo sucinto, os elementos constitutivos do juízo são: o sujeito, o objeto, o predicado ou atributo e a própria afirmação que recebe o nome de proposição, quando expressada verbalmente. Quanto ao sujeito, refere-se àquele que emite o juízo. O objeto no campo do direito é o bem da vida, a origem do conflito de interesses. O predicado é o que se diz, o que se afirma acerca do sujeito. Cabe ainda ressaltar que o juízo compõe-se de um quarto elemento, elemento este que não é tão exigido nas outras ciências; trata-se da legitimidade dos sujeitos, que é exigida, a fim de que o ato tenha validade e também eficácia.

8.4 Classificação

Os juízos classificam-se sob os pontos de vista formal e material. Na classificação formal, classifica-se quanto ao provimento, que pode ser positivo ou negativo. No que se refere ao campo material, podem ser dispositivos sintéticos, quando os termos essenciais não estão desmembrados, mas sim, apresentados de forma concisa, em poucas palavras ou dispositivos analíticos, quando os termos essenciais são desmembrados e expandidos, de forma que trate muito pouco ou quase nada do que é essencial.

8.5 Proposição

A proposição foi incluída entre os elementos constitutivos do juízo, em virtude do fato que, conforme sejam as disposições do termo, estruturadas, podem alterar o sentido final de uma sentença. Indicaremos um exemplo clássico de silogismo falso, em que é mostrado como a disposição dos termos pode levar ao erro:

"Noé colocou um casal de todos os animais em sua arca. Oras, o peixe era um animal. Logo, Noé colocou um casal de cada espécie de peixe em sua arca".

Conforme já foi mencionado, quando o juízo adquire a forma verbal, denomina-se "proposição", que possui elementos idênticos aos do juízo, diferindo apenas à forma de

manifestação. Para fins de direito, entendemos melhor considerar os termos juízo e proposição, como a manifestação do resultado das considerações, tendo em vista que o papel, além de ser o principal, também é o meio considerado legítimo, para as expressões de sua manifestação.

Classificam-se as proposições, quanto à quantidade e qualidade, em relação ao sujeito ou objeto. Trata-se da quantidade, quando ligada à extensão do sujeito ou objeto, que pode ser universal (toda arma é perigosa), particular (alguma arma é perigosa) ou singular (a arma que esta sobre a mesa é perigosa). Cumpre-nos abrir um parêntese para esclarecer que, no campo filosófico, os termos, sempre que possível, dividem-se em geral ou universal, particular e singular; fato é, que os silogismos (formas estruturadamente lógicas em que se utilizam duas premissas uma maior, geralmente universal e outra menor (geralmente particular), para se chegar a um suposto juízo perfeito) são estruturados, substituindo-se estes termos por termos correspondentes ao da questão referente. No que se refere à qualidade, é a afirmação ou negação de um atributo (“*latu sensu*”) conferido ao sujeito ou objeto.

8.6 Requisitos do Juízo

Algumas regras são necessárias ao juízo, a fim de que atenda ao princípio da razoabilidade. Algumas destas regras já são bastante conhecidas no direito, a exemplo daquela que dá origem aos embargos de declaração, por obscuridade.

8.6.1 Clareza ou lucidez

A inteligibilidade é um fator fundamental, para que qualquer juízo seja eficaz. Da ineficácia por obscuridade, não cabe qualquer responsabilidade ao sujeito objeto do juízo, pois não há como cumprir um ato que não se sabe o que é. Defende Moacyr Amaral Santos, que "a clareza, do vocabulário recomenda a linguagem simples, em bom vernáculo, com aproveitamento, quando for o caso, da palavra técnica, do vocabulário jurídico". Na prática, a clareza está direcionada ao bacharel referente, pois, por mais simples que se faça uma redação, aquele ente estranho à área em questão sentirá dificuldades em interpretar. Contudo, o abuso vem do excesso intelectualista. Não é raro encontrar aquele que, desejando demonstrar mais sua sapiência e menos a passagem do conteúdo, acabar, por tornar, dolosamente, o inteligível em ininteligível. De outro lado, também encontramos aqueles sujeitos que complicam, com a finalidade de dissimular a própria ignorância, “i. e.”, “não sabem mesmo”.

Para não se cair em erro e atendendo-se ao subprincípio da boa fé da clareza, faz-se necessário avaliar o destinatário do juízo, e assim, adequar os termos ao “sujeito-destinatário”, respeitando, tanto sua alta cultura, quanto a sua ignorância. Mais do que a adequação ao sujeito culto, o respeito à ignorância alheira, constitui uma virtude da alma, um grande gesto de humildade e caridade, pois é necessário descer um ou vários níveis, para se alcançar o sujeito.

8.6.2 Plenitude

A plenitude ocorre quando todos os pressupostos necessários para a adequação do intelecto ao objeto estiverem presentes, quando não houver qualquer omissão. Esta não conformidade incidirá em erro, ocasionando, um juízo equivocado culminado de certeza, é o clássico caso Socrático do "ignorante que ignora que ignora".

8.6.3 Concordância da fundamentação com o dispositivo.

Outro pressuposto do princípio da razoabilidade, aplicada ao direito, decorre do fato que, uma conclusão decorra da fundamentação lógica entre os fatos e o direito. Deve haver um nexo de causalidade decorrente entre a fundamentação e o dispositivo. Para Ernane Fidélis dos Santos⁴² "*A contradição pode dar-se entre a fundamentação e a parte conclusiva da sentença ou dentro do próprio dispositivo*".

Este pressuposto do princípio da razoabilidade também está positivado em nosso ordenamento jurídico. Dois casos bastante conhecidos encontram-se no CPC, sua menção é o art. 535, inc I⁴³, que trata dos embargos de declaração, quando a sentença ou acórdão contiver obscuridade ou contradição e o outro, mais abrangente, está positivado no art. 48 da Lei 9.099/95⁴⁴ que permite, inclusive a correção de erros materiais de ofício, aceitando, destarte, a oposição, inclusive a decisões interlocutórias.

8.6.4 Certeza

O juízo deve cercar-se ainda da virtude da precisão. Isto é feito durante o acercamento da matéria, onde se traçam os limites da vontade. A precisão dá-nos a real dimensão de sua eficácia e liquidez, circunscrevendo-a, literalmente, aos termos do pedido, da lei e do caso concreto. As excrescências limitiformes "lato sensu" tais como: "ultra petita" (além do pedido), "extra petita" (fora do pedido) e "citra petita" (aquém do pedido), não estão restritas somente aos juízos, mas também ao pedido, cabendo ao defensor o bom senso de adequar-se ao postulado de seu cliente. Alias, tudo o que se diz sobre a razoabilidade, não está adstrito somente ao julgador. A precisão consiste inclusive em estabelecer os limites não convencionais, esquecidos. Vale lembrar que o magistrado é apenas um dos elementos integrantes do sistema jurídico. A incorreta delimitação dos termos pode acarretar a litigância de má fé, conforme já prescreve os incisos do art. 17 do CPC.

42 SANTOS, Ernani Vidélis dos, **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento**. Vol 1. 7º Edição. Editora Saraiva, 1999.

43 Art. 535 - Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

44 Lei 9.099/95, art. 48 - Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Parágrafo único - Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

8.6.4.1 Evidência

O grau de clareza de um juízo é mensurado pela via da evidência. Aquilo que a razão, empiricamente faz saltar aos olhos, fundamenta a certeza. Nas palavras de Régis Jolivet "A evidência exerce sobre o espírito uma espécie de coação, pela qual se torna impossível àquele que vê a verdade julgar que não a vê". Os elementos constitutivos da evidência são a necessidade (é necessário que seja de tal modo, para que o intelecto assinta sem temor de erro) e a suficiência (basta o que está posto).

Ex.: Para que haja uma fratura exposta, é necessário e suficiente que o osso esteja a vista.

8.6.4.1.1 Características

As principais características do juízo são a universalidade, irredutibilidade e verdade.

8.6.4.1.1.1 Universalidade

Sua validade é universal, não importa o meio que a produziu, vele para todas as pessoas que a presenciaram. Assim, todos os que observarem em um acidente, um pedaço de osso saltando de dentro para fora do indivíduo, saberão que se trata de uma fratura exposta.

8.6.4.1.1.2 Irredutibilidade

É irredutível, no sentido de que basta por si só. Não há como provar a evidência.

8.6.4.1.1.3 Verdadeira

A evidência é verdadeira, mas nem toda verdade é evidente.

8.6.4.2 Vícios da certeza

Os vícios da vontade podem originar-se, em razão dos vícios da certeza; assim, cabe enumerar alguns elementos que podem influenciar ou estão relacionados com estes vícios, tais como a dúvida, a opinião e o erro.

8.6.4.2.1 Dúvida

Para aprofundarmos a compreensão da certeza, vamos analisá-la sob o prisma da ignorância, da dúvida. De fato, em um estado de ausência de conhecimento relativo ao objeto em apreço, não há certeza que resista. Contudo, é possível resolver o problema da ignorância, através da perícia. Ninguém é obrigado a deter todo o conhecimento do mundo em sua

cabeça, mas o julgador está obrigado, tem o dever (no mínimo moral) de valer-se de todos os meios disponíveis para chegar a um termo mais justo, quanto lhe seja possível, “Contrario sensu” prescindindo, no mínimo, moralmente, de legitimidade, para obstacular a descoberta da verdade real. Tanto mais o é no campo penal.

Na dúvida, há algum conhecimento, mas existe também um vácuo entre o que se precisa saber e o que se deveria saber, de forma a impedir o pronunciamento do juízo devido à carência de certeza. A dúvida pode ocorrer, devida a ignorância de algum elemento essencial à formação do juízo, podendo ser **voluntária**, quando não há interesse em seu saneamento; **refletida**, quando provier do resultado de duas antíteses; **metódica** ou Cartesiana (já tratada anteriormente), quando da suspensão temporária de uma certeza, para melhor análise dos fatos. Quando à extensão, **parcial**, quando a dúvida discorrer sobre uma parte da assertiva ou **universal**, quando se considera toda a afirmação duvidosa.

8.6.4.2.2 Opinião

A opinião é o resultado da emissão de um juízo acrescido do temor de engano, de erro. Isto ocorre porque inexiste uma probabilidade de negação acerca do que foi afirmado. Difere da dúvida no ponto exato da emissão do juízo, eis que, se na opinião existe a assertiva; na dúvida, esta está ausente. Pode-se dizer que é um vício que leva a certeza à sua extinção.

O principal elemento formador da opinião é a probabilidade⁴⁵, pois, embora haja a emissão do juízo, este se assenta em um elemento movediço que varia entre “o ser” e “o não ser”, por não se fixar em nenhum ponto concretamente. A probabilidade pode ser lógica ou axiológica.

A probabilidade lógica é encontrada, principalmente nas ciências exatas, onde é efetuada de forma estatística, por meio de medições objetivas, ao passo que, a axiológica, efetua-se nas ciências humanas, sendo, o seu fundamento, de cunho moral. Atende principalmente a critérios subjetivos da formação do emissor. Cabe ressaltar que este último, por estar na maioria das vezes, condicionada ao processo de evolução do homem, quando tomada por certeza, pode levar a danos irreparáveis, como no exemplo clássico do nazismo.

8.6.4.2.3 Erro

Já destacamos que o erro ocorre, quando não existe a necessária adequação do intelecto

⁴⁵ Juízo de probabilidade.

ao objeto. Constitui, portanto, um dos vícios da certeza. Para se evitar o erro, faz-se necessária a análise de suas causas que, como a maioria dos termos que se referem ao juízo, relaciona-se com o sujeito e com o objeto.

8.6.4.2.3.1 Quanto ao sujeito

As causas materiais relativas ao sujeito são também chamadas de causas morais, pois são intrínsecas ao agente.

8.6.4.2.3.1.1 Vaidade

A vaidade, que ocorre quando confiamos em demasia em nossas próprias aptidões, ou quando nos negamos a admitir um erro, mesmo estando ciente deste. Trata-se de um instrumento para a manutenção do “pequeno mundo” do indivíduo. A vaidade é o meu pecado predileto..." Advogado do diabo.

8.6.4.2.3.1.2 Parcialidade

A parcialidade ocorre, quando os interesses particulares ditam como juízo àquilo que seja mais favorável. Para se evitar o erro deliberado, o nosso código de processo civil instituiu institutos de impedimentos e da suspeição em seu livro I, título IV, capítulo IV, seção II, a exemplo dos casos em que o juiz é amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral, até o terceiro grau; quando houver herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; quando o magistrado receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; quando houver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes e facultou ainda ao próprio julgador declarar-se suspeito, por motivo íntimo, não havendo necessidade de justificar o porquê da declaração.

8.6.4.2.3.1.3 Tendência inercial, preguiça ou negligência

A tendência inercial, a preguiça ou a negligência, que ocorrem quando da apreciação do caminho necessário a percorrer, no intuito de se chegar à certeza implica uma abstinência em nossa zona de conforto, em nossa consistência, podendo também ser ensejada, via decisões

automáticas, que são muito comuns. Ocorrerem em nossos país, devido ao número de processos que, em geral, estão em grande desproporcionalidade, com capacidade laborativa dos magistrados e servidores.

8.6.4.2.3.1.4 Informação plantada

A Informação plantada vem a ser justamente aquela que vem embutida na formação do indivíduo ou mesmo na adequação axiológica do indivíduo a um grupo social, tais como os preconceitos (grifo nosso).

8.6.4.2.3.2 Formas de evitar

É possível prevenir os erros ou mesmos diminuir sua incidência, pelas vias lógicas, como no caso da utilização dos métodos científicos da área específica, ou ainda utilizar os chamados remédios morais: *"São, naturalmente, os mais importantes. Resumem-se no amor a verdade que nos inclina a desconfiar de nós mesmos, a julgar com uma perfeita imparcialidade, a agir com paciência, circunspeção e perseverança na procura da verdade"*. Régis Jolivet⁴⁶.

8.6.4.3 Classificação do Juízo

Podemos classificar o Juízo quanto ao sujeito, ao objeto, ao alcance e seu fundamento.

8.6.4.3.1 Sujeito

No que tange ao sujeito, será intrínseca, quando resulte de um ditame interno do sujeito, como uma crença, um valor, uma intuição, ou extrínseca, quando provém de um dado externo ao sujeito, como um documento, um fato testemunhado.

8.6.4.3.2 Objeto (quanto à inerência)

A certeza inerente é aquela que constitui a própria razão de ser do objeto. Trata-se, pois, da própria essência do objeto, de forma que uma asserção a “contrario sensu”, extingui-ló-ia.

8.6.4.3.3 Alcance

O alcance do juízo poderá ser mediato ou imediato, conforme seja a imediaticidade do exame.

⁴⁶ “Op. cit.”

8.6.4.3.3.1 Mediato

O alcance da certeza, pela via mediata, é mais metódica, eis que visa delimitar e testar todos os pontos conflitantes, na busca da clareza. Pode passar pelos métodos indutivos, dedutivos, batalhar de antíteses, métodos cartesianos, enfim.

8.6.4.3.3.2 Imediato

Quando a certeza é alcançada em um primeiro exame (“prima facie”).

Esta certeza é muito utilizada nas ações em que é possível uma antecipação de tutela ou institutos afins. Eis que, em um primeiro momento, o que se busca é a verossimilhança. Mas no caso, trata-se de uma certeza que pode estar cerceada de vício, eis que, embora se prime pela evidência, a clareza somente será obtida, após todo o delineamento, o cerceamento da questão; nisto muito se assemelha à opinião, onde é emitida uma espécie de juízo provisório. Não se trata de uma dúvida metódica nos confins do método cartesiano, tendo em vista que o objeto não é a obtenção de conhecimento, mas sim, uma propositura, com a finalidade de adequar a norma ao caso concreto, com vistas a evitar um dano irreparável.

8.6.4.3.4 Fundamento

Os fundamentos do juízo podem ser objetivos ou subjetivos, conforme estejam relacionado a fatores intrínsecos ou extrínsecos ao sujeito.

8.6.4.3.4.1 Objetivo (pelas vias exatas)

Quando a certeza é buscada pelas vias exatas, entramos no reino dos números, das ciências, do empirismo (da comprovação pela observação, hipóteses e conclusão), o mundo subjetivo é totalmente ignorado e o conhecimento é obtido "a posteriori". No direito, esta certeza é obtida pela perícia, que avalia por critérios científicos já comprovados e, por isto, considerados evidentemente idôneos. Incluem-se nesta categoria os laudos periciais, datiloscopistas, medico legais, contábeis, etc.

8.6.4.3.5 Subjetivo

Os fundamentos subjetivos podem ser de cunho moral, quando são de cunho axiológicos ou metafísicos, quando exista uma certeza intrínseca acerca da essência do objeto de forma que uma asserção a “contrario sensu”, extingui-la-ia. Obedece às mesmas leis da classificação inerentes ao objeto.

8.7 Métodos

O método adequado para a obtenção do juízo é o das ciências morais, “i. e.”, aquele que processa as diferentes manifestações humanas no seio da sociedade, sejam elas individuais ou coletivas, levando-se em consideração a inteligência, a evolução e a liberdade. São instrumentos desta ciência: a psicologia, a sociologia, a história e a mãe de todas as ciências: a filosofia.

8.7.1 Histórico

Por este método são analisadas as proposições, em conformidade com o estudo dos fatos do passado que, de alguma forma, interfiram na maneira como o agente vê o mundo hoje e como procederá. As circunstâncias de determinado tempo e espaço são preponderantes na emissão do juízo, não sendo observados estes aspectos, será carecedor de idoneidade por falta de pressupostos. Teremos assim um dos vícios do juízo. Os juízos proferidos com base neste método são únicos e originais, pois, em nenhum caso, os fatos se repetem exatamente. Podem ser até semelhantes, mas não iguais.

Os procedimentos consistem: a) No levantamento e classificação documental e testemunhal; b) Passa pela crítica metódica quanto à autenticidade, proveniência, integridade e boa fé (que não é necessariamente exatidão) e finalmente o c) Encadeamento substancial dos fatos, pela via da imparcialidade, perspicácia e logicidade, entre as causas e os efeitos.

8.7.2 Sociológicos

O método sociológico direciona-se aos atos humanos e sua conseqüente rota a caminho dos fatos, em um determinado tempo e espaço. Compara e explica as realidades sociais. É, pois o método indutivo o que se utiliza. Eis que os fatos são analisados em relação a um contexto maior, que se estende além do indivíduo. Distingue-se da moral, porquanto esta trata do dever, e a sociologia, dos acontecimentos em si, sem qualquer valoração, aliás, a valoração será verificada junto à moral.

Uma pessoa de classe alta pode não ter as mesmas reações que uma pessoa de classe baixa em uma determinada situação. Citemos o caso real de um indivíduo que mora em um assentamento e que matou outro semelhante, porque este mexeu com sua consorte. A valoração da honra, para este indivíduo sem instrução, naquele contexto social, é diferente daquele indivíduo de classe média alta, com instrução, rendimentos que atendam às suas necessidades, etc.

Os pressupostos existenciais da consciência coletiva foram delineadas pela teoria Jungniana. Durkheim afirmava que o fato social é produzido pela consciência coletiva, considerada exterior e superior às consciências individuais.

Neste contexto, o indivíduo não é propriamente livre, pois é suscetível de um comportamento comum, relacionado ao seu meio. É um objeto da moral individual e coletiva (vive um conflito entre os dois), da coação oriunda das consciências que o rodeiam. Já foi dito que "o homem é um ser social" (Hobbbes, Locke, Montesquieu, Condorcet teceram importantes teoria de como se comportam os homens como seres sociais), “i. e.”, necessita do contato com

outros seres de sua espécie. Existe um impulso que o leva a coabitar. Portanto, deseja a aprovação dos que o rodeiam, precisa sentir-se presente, existente, parte de alguma coisa, e isto não ocorrendo, instala-se um vazio, que precisa ser preenchido de algum modo. Este vácuo pode ser preenchido pela cultura, pelo trabalho, pela religião, pela educação (alterando-se os seus juízos de valor) ou mesmo pela violência, pelas drogas...

8.7.3 Lógico

Por fim, os métodos lógicos para aferição do juízo, referem-se aos já abordados na parte referente ao raciocínio indutivo, dedutivo, teses e antíteses, sistemático, “contrario sensu” etc.

8.8 Definição do Juízo

Juízo é o ato finalístico da razoabilidade de onde emanam os pressupostos necessários à concretude da razão, no plano naturalístico. Compõe-se de sujeito (o que emite o juízo), objeto, predicado ou atributo do sujeito. Divide-se, quanto ao provimento, em positivo e negativo, conforme seja o seu resultado. Recebe o nome de proposição, quando é verbalizado. Para que seja considerado idôneo, deve atender aos critérios da clareza ou lucidez, plenitude, concordância lógica, entre as fundamentações e o dispositivo, evidência, certeza. Os métodos utilizados estão relacionados aos das ciências humanas, tais como histórico, sociológico e lógicos.

8.9 Espécies de juízo

As espécies de juízo podem definir-se, quanto ao tempo de sua emissão, bem como as várias especificidades, que podem ser relacionadas dentro, da matéria específica.

8.9.1 Quanto ao tempo

O sistema Kantiano tem-se demonstrado como o mais salutar para a constatação temporal, que evidencia o juízo, que o dividimos em sintéticos, “a priori”, e analíticos, “a posteriori”.

8.9.1.1 Sintéticos "a priori"

Para efeitos práticos, em direito, consideramos os juízos sintéticos "a priori", como sendo aqueles emitidos "in prima facie", seja porque os dados sensoriais estão plenos ou satisfeitos, seja porque há uma urgência, uma finalidade específica, imediata, que exige um juízo prévio, como no caso de se evitar um dano atual e iminente. Assim, há que se haver um caso concreto, como aquele que se exige uma tutela antecipada ou um provimento emergencial qualquer.

8.9.1.2 Analíticos "a posteriori"

Os juízos analíticos "a posteriori", “contrario sensu” aos juízos sintéticos "a priori", são aqueles que impescindem de um aprofundamento da razão. Possuem a característica de ser extensivo, pois necessita da ampliação do objeto para sua formulação. É o caso das sentenças de mérito, em que o juiz analisa os fatos narrados e posteriormente aplica o direito ao caso concreto.

Ressaltamos que, enquanto os juízos sintéticos, "a priori", são pertinentes ao sujeito, eis que carregadas da subjetividade que o fato exige para a postura de um provimento, os juízos analíticos, "a posteriores", são objetivos, visto que primam por uma análise, por um desdobramento sistematizado, para, só então chegar-se ao dispositivo.

A primeira vista, pode parecer que os juízos analíticos, "a priori", não são os mais idôneos. Contudo, se em algum tempo o são, não o são sistematicamente, absolutamente, haja vista que os juízos sintéticos, "a priori", para serem emitidos, procuram acobertar-se da certeza dada pela evidência, e há casos em que é melhor um juízo imediato, ainda que equivocado, do que um juízo prolixo acertado, mas sem utilidade.

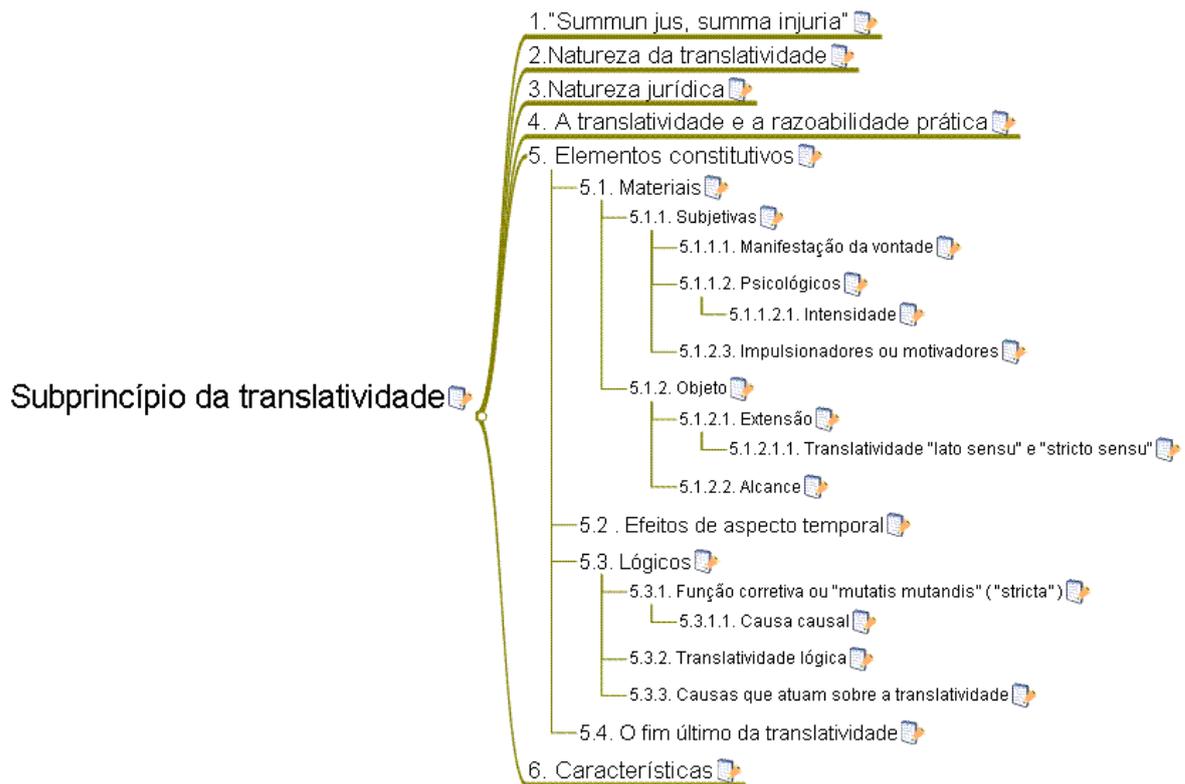
8.9.2 Juízo de tipicidade

Para terminar este tópico, esclarecemos que, quando adentramos as matérias de direito, muitas espécies de juízo específicas podem ser encontradas. Só a título exemplificativo, citaremos o juízo de tipicidade, que é aquele juízo de verificação, que se faz para se saber se o fato é ou não típico, como quando colhemos um fato e tentamos enquadrá-lo nas leis penais.

9 Subprincípio da translatividade

Abstratamente, podemos afirmar que a transcendência da razoabilidade nos induz a uma razão que nos faz conhecer uma lei, que pode não estar necessariamente criada, havendo, portanto, aí, uma prerrogativa de criação, pelo fato de que a razão reconhece que a lei promulgada contrapõe-se a consciência objetiva, e de forma intrínseca, constata-se que não possui verdadeira autoridade - a não ser pelas vias do paradoxo Kelsiano, que reza que a norma, apesar de carecer de perfeição, deve ser cumprida, custe o que custar - e, concomitantemente, induz a uma atitude corretiva ao ato considerado insano, em sua essência e em seus efeitos. No mundo natural, tal ato pode mostra-se de forma tão imperfeita, que é capaz de, por si só, negar a própria existência.

O princípio da translatividade em seu sentido mais material, está relacionado ao movimento, ao levar de um lugar para outro, a transferência ou transmissão da função de uma categoria à outra, daquilo que expressa a mudança, a passagem de um lugar (ou de um estado) a outro, ou que indique uma qualidade, condição ou efeito resultante desse processo. Para fins de direito, a translatividade deverá atender as determinações, "mutatis mutandis", resultantes das questões de ordem pública. Trata-se, portanto, de uma função corretiva, capaz de alterar um ato que, até então, era tido como inatacável, imodificável, cerceado por todos os pressupostos da segurança jurídica. É um princípio, tanto necessário, quanto perigoso, pois se não estiver devidamente delimitado, poderá comprometer todo o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, os limites impostos de forma mordaciva, podem comprometer sua eficácia, sua aplicabilidade e por que não dizer, até mesmo, sua existência, no campo naturalístico.



9.1 "Summun jus, summa injuria"

"O maior direito (é) a maior injustiça" -> Provérbio latino citado por Cícero⁴⁷ ao desaconselhar uma aplicação excessivamente rígida das Leis.

9.2 Natureza da translatividade

A essência da translatividade consiste, pois, em uma necessidade moral, de tal ordem que a vontade pública não possa fugir a ela, sem perturbar a ordem das coisas ou violar o direito de outrem, seu ímpeto induz, praticamente, a um dever, capaz de impelir uma ação, sob pena de negligência.

Embora esta necessidade moral nada tenha a ver com a necessidade física ou com a força bruta, seu impulso é de tal ordem, que incute a impressão de que assim o é, refere-se a uma realidade interior, que é também o reflexo de uma força externa. Se esta força pudesse ser transportada ao campo das ciências físicas, encontraríamos uma força centrífuga e uma força centrípeta atuando simultaneamente, com capacidade de impedir qualquer inércia, eis que

⁴⁷ Dos deveres, Livro I, 10.

atuando sobre a vontade, e ainda assim, sem violentá-la, impõe-se como a exigência expressa de uma ordem, cuja exigência absoluta e incondicionada, subsista, imutavelmente, apesar de todas as transgressões legais, locais ou temporais, capazes de, pela culpa ou pela força, inibirem ou motivarem a vontade.

9.3 Natureza jurídica

Para o direito, o princípio da translatividade é uma ferramenta capaz de legitimar a correção dos erros jurídicos mais escorchantes, eis que atua diretamente sobre o fim último do bem comum, de forma que é capaz de atingir, inclusive o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ao mesmo tempo em que mantém sua intangibilidade.

9.4 A translatividade e a razoabilidade prática

Ao direito naturalístico, o que importa são princípios muito gerais (em regra moralísticos) que possibilitem a sua aplicação ao caso concreto, que em nosso meio dá-se pelos ditames da razão, fato é que praticamente se ignora o que transpasse aos cinco sentidos. A translatividade, por sua vez, insurge-se na ordem direta da razão, atuando corretivamente, se necessário, de forma que uma sentença corresponda ao caso concreto, atendendo as exigências objetivas da moralidade (ao regramento supremo, se a considerarmos em seu fim último, que somente poderá ser sabido finalisticamente, pela metafísica da razoabilidade ou materialmente como "in casu" pelas vias de seu aspecto dinâmico. Neste ponto, a moralidade objetiva difere do objeto da Teoria Pura do Direito, instituída por Hans Kelsen, enquanto desprovida do aspecto finalístico "stricto sensu", pois, para se determinar qual a regra hipotética fundamental, basta que se conheça sua origem).

9.5 Elementos constitutivos

Tratam-se daqueles elementos que demonstrarão sua existencialidade, bem como nortearão sua efetividade.

9.5.1 Materiais

Os elementos materiais referem-se, pois, tanto ao sujeito, quanto ao objeto.

9.5.1.1 Subjetivas

No que tange ao sujeito, cabe analisar os aspectos relativos à manifestação da vontade, adentrar alguns aspectos psicológicos, o grau de incômodo que o fato exerce sobre o sujeito,

bem como seus impulsionadores.

9.5.1.1.1 Manifestação da vontade

A translatividade, "lato sensu", pode ocorrer por ato unilateral, quando uma das partes, que abre mão de um direito, ou multilateral, quando depender de acordo entre as partes e, neste caso, a translatividade consubstancia seu devir (vir a ser) na transação.

9.5.1.1.2 Psicológicos

O sujeito, em relação ao processo translativo, pode encontrar-se em quatro estados diferentes: o da ignorância, quando o devir translativo mostra-se como inexistente, devido ao fato de que o agente desconhece completamente o objeto; dúvida, quando a translatividade apresentar-se como possível. Cabe assinalar que a dúvida pode ser vencível ou invencível, culpável ou inescusável, conforme esteja ou não em poder do agente o suprimento do equilíbrio existente entre seu estado de afirmação ou negação; opinião, quando se apresentar como mera plausibilidade, havendo um temor interno do agente em se enganar, e enfim, o estado da evidência, como no caso da certeza, em que há uma adesão firme do agente. A inteligência conduz a mudança com propriedade, podendo basear seu fundamento: a) na própria essência do caráter translativamente necessário, de tal sorte que o "não ato" "mutandis", seja tido como absurdo, b) o moral, quando for verdadeira em um grande número de casos, em determinado tempo e espaço.

9.5.1.1.2.1 Intensidade

A intensidade para os fins elementais materiais subjetivos da translatividade vem a ser o grau de excitação da atenção, provocado pelo sentimento (quase que instintivo, reflexivo) de repulsa efetiva, capaz de fixar e conservar na lembrança o ato imperfeito, que varia de indivíduo para indivíduo, em decorrência de seus valores.

A conservação da lembrança pode ser um indicador do grau de repugnância do ato, sendo tão mais durável, quanto maior a antipatia (como os horrores do nazismo), e tanto menor, quanto resultar de fatos sem conseqüências, incapazes de sufragar maiores náuseas.

No intuito de ilustrar a intensidade da repulsa pelo aspecto superlativo, convém relacioná-lo aos fatos. Conhecem-se bem os efeitos deste fenômeno, quanto são produzidos no corpo, pela emoção atual ou iminente e intensa, em sujeitos ligados diretamente a um fato altamente reprovável, que demonstram aceleração do ritmo do coração e do ritmo respiratório. Sensação de não ter passagem na garganta, boca seca; perturbações intestinais, palidez,

reflexos incoerentes de adaptação ou de proteção etc. Quanto àqueles ligados ao ato, "i. e.", de certa forma, acaba sempre por ocorrer uma perturbação fisiológica, é claro que a superlatividade aqui apresentada é apenas ilustrativa, pois, na maioria das vezes, ocorre, quase que inconscientemente, e o sujeito acaba por atuar de forma repulsiva, sem se dar conta.

9.5.1.1.3 Impulsionadores ou motivadores

O impulso motor capaz de mover o agente a um ato translativo pode ser de ordem intrínseca, quando partir da própria consciência do indivíduo, configurada pela soma de seus valores, ou extrínseca, quando há uma cobrança da própria sociedade, uma comoção nesse sentido. Ambos os impulsos (exatamente por serem impulsos), em regra, estão consubstanciados por alavancas materiais, legais ou não. O ato, em si, sendo material segue outra ordem, pois se, em muitos casos, depende de um vínculo pré-determinado; em outros, não impede que haja um impulso, que seja de tal intensidade, capaz de transpor a ordem instituída. Um bom exemplo deste é o caso em que o juiz de primeira instância condena o réu por um ato formalmente típico e o tribunal, em segunda instância, absolve este, por entender que o ato é materialmente atípico.

9.5.1.2 Objeto

O objeto da translatividade é moral e lógico, simultaneamente, pois se vislumbra quando há uma desconformidade do ato aos ditames da inteligência, sejam em seus aspectos materiais, formais, funcionais, teleológicos ou ainda transcendentes. É capaz de realizar-se quase que por si mesmo, uma vez que, quando conhecido pela razão, gera uma necessidade intrínseca, e extrínseca que induz à mudança do ato, que não ocorrendo, finda-se por constituir-se em um vácuo, que requisitará constantemente o seu preenchimento "ad aeternum" (isto nos remete à chamada sede de justiça).

9.5.1.2.1 Extensão

A extensão refere-se à pluralidade de sujeitos e ao modo como os efeitos da translatividade e do ato, que está sendo ou deveria ser, se foi ou não, modificado, atinge a sociedade, bem como o grau de repulsa com qual culmina o ato objeto. Refere-se ainda ao aspecto da translatividade, que se está trabalhando, seja "lato sensu" ou "stricto sensu", conforme abordado mais adiante. Deduz-se, desta regra ainda, que tudo o que se afirmar do ato principal, afirmar-se-á também de tudo o que estiver contido neste ato (nisto assemelha-se

a teoria dos frutos da árvore contaminada). "Contrario sensu", tudo o que se negar acerca daquele ato, negar-se-á também de seus atos derivados (cabe esclarecer que os atos em questão e para estes fins, são proficualemente os de caráter decisório).

9.5.1.2.1.1 Translatividade "lato sensu" e "stricto sensu"

No que tange à extensão do princípio da translatividade, relativo ao trato das sentenças e atos, estes podem ser considerados em seu aspecto "lato sensu", quando se tratar daqueles referentes aos recursos, às rescisórias, às correções jurisdicionais de ofício, à anulação, à inexistência de certos atos, inclusive aos atos abusivos entre as partes, como os estipulados no art. 51 do CDC, àquele relativo ao subprincípio da relatividade das convenções, do qual faz parte também o art. 471 do NCC; enfim. Estamos tratando da mudança do "status quo" dos atos para o estado "quo ante" da forma mais ampla possível, relativo às questões vinculadas à ordem pública. Neste sentido, chega a ser quase que apenas uma funcionalidade recursal "lato sensu".

No que se refere ao aspecto "stricto sensu", as mudanças do "status quo" para o estado "quo ante" infere-se, sobretudo, a alguns aspectos especiais, relativos ao sujeito, ao objeto e à própria sociedade. Estamos falando do princípio da translatividade, em seu aspecto mais objetivo, ou seja, aquele relativo à funcionalidade "mutatis mutandis stricta" que será tratado mais adiante. Para compreendermos mais claramente a questão da translatividade "lato sensu" e "stricto sensu", basta dizer, de uma forma muito genérica, que a primeira refere-se basicamente às nulidades, enquanto; a segunda aos atos inexistentes (inclusive os atos nulos com características inexistências) ou extremamente escorchantes, que impõem um dever de mudança, podendo abranger, em alguns casos, o próprio instituto da lesão social. Aqui o procedimento é mais complexo, mais dificultoso, mais técnico.

9.5.1.2.2 Alcance

O alcance da translatividade refere-se ao ponto limite de sua extensão. Como estamos tratando do aspecto objetivo, esclarecemos que ela não é, por si só, suficiente, senão, apenas quando contar com o auxílio da introspecção, uma vez que lhe faltaria um dos pressupostos, se não fosse observado em nós mesmos, os fenômenos interiores, resultante das condutas externas (a indignação), cujo ato causador pretendemos modificar. Contudo, embora não sendo completo, é indispensável, porquanto, é a passagem da observação à experimentação, que dá origem ao "animus mutandis", o que é próprio da moral.

9.5.2 Efeitos de aspecto temporal

Como estamos tratando, em regra, de matéria ou questão de ordem pública, e os atos atinentes a este âmbito podem ser declarados de ofício, não existe limite de prazo para a aplicação deste princípio, ou seja, não se vinculam a qualquer procedimento de prescrição ou decadência, conforme exemplificamos pelo disposto nos artigos 267 § 3º do CPC, 301 § 4º do CPC e 2.035 parágrafo único do NCC, os casos de revisão criminal etc. Em muitos casos, isto decorre de não haver direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada relativa a ato inexistente (ou “lato sensu” imperfeições superlativas).

9.5.3 Lógicos

Ressaltamos aqui alguns elementos capazes de insuflarem a movimentação da translatividade, bem como alguns impedimentos:

9.5.3.1 Função corretiva ou “mutatis mutandis” (“stricta”)

A função corretiva concernente ao subprincípio da translatividade difere daquela constante no subprincípio da boa fé naquilo que tange ao tempo da execução. Eis que, no presente subprincípio, a correção refere-se sempre a uma alteração “a posteriori”. As vedações “ultra petita”, “citra petita” ou “infra petita” e “extra petita” são deixadas de lado, pois o bem da vida que se está sendo protegido é de ordem pública, ao passo que, na translatividade, é a própria ordem pública, que está devidamente protegida, conforme consta do art 3º parágrafo 4º da Carta Magna, onde se encontra o principal fundamento deste princípio. Aqui estão sendo sanados os vícios mais indesejáveis (repugnantes), de forma que a Magna carta autoriza que se passem por cima até de preceitos fundamentais, como no caso do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ultrapassa também os fins do subprincípio da retroatividade motivada, estampado no art. 2.035 do NCC, que é uma espécie de princípio da translatividade, estando, pois, ligada ao seu aspecto “lato sensu”, pois, no presente caso, independe muito mais de qualquer manifestação das partes (“mutatis mutandis stricta”). Cabe ainda esclarecer que o subprincípio da retroatividade motivada é uma subespécie deste. Os atributos deste podem ser aplicados àquele, dentro dos limites de sua especificidade; dentre estes, o aspecto temporal de efetividade do NCC. “Contrario sensu”, a teoria da imprevisão pode ser aplicada ao subprincípio da translatividade, pois quem pode o mais, pode o menos, mas sempre como meio e não como fim, pois que estamos tratando de um princípio que exige extrema cautela.

9.5.3.1.1 Causa causal

A origem existencial da translatividade respalda-se em um efeito da qual a causa é o erro. Erro este que necessita ser sanado (“mutatis mutandis”). Pode advir: a) De uma causa lógica, quando não consubstanciada na evidência ou, se evidente, esteja medeada de vícios, o que, de certo modo, é uma contradição em si mesmo. Pode ser sanada pelo seu próprio ente causador, ou seja "a lógica", que agora será utilizada de forma mais metódica, porquanto, inicialmente, o que era evidente, passará a ser duvidoso; b) De causas morais (em geral), como a vaidade do agente que confia em demasia em suas próprias luzes ou é incapaz de admitir o erro (em boa parte, por entender que irá ferir sua auto imagem -> excessivo sentimento de auto importância); c) O interesse (menos comum), quando tal ato atraia algum benefício ao agente, como no caso da prevaricação; d) A preguiça, que pode originar um “animus immobilis”, negligência, desídia (seja ela fortuita ou habitual), aceitação de opinião de imperitos (por vezes "aquele de confiança") etc. As causas morais e o interesse podem ser sanados pela boa fé. Nos três casos, a aplicação do remédio indicado refere-se à ação do tempo presente, enquanto o ato ainda está sendo efetuado. "A posteriori", o modo de sanar nem sempre está a disposição de quem efetuou o ato.

9.5.3.2 Translatividade lógica

A translatividade lógica exprime uma conformidade entre a coisa e o “devir” (vir a ser), obedecendo-se a um padrão ontológico, que reza que algo "deve ser aquilo" e não outra coisa. Firma-se com base na certeza, na evidência entre outros. Baseia-se no resultado de uma operação da razão. Logo, não provem da apreensão, pois, neste caso, o espírito apenas concebe uma idéia, percebe os fatos, enquanto, naquele, emite qualquer juízo de valor. Ocorre, no entanto, que a forma como estes fatos são percebidos, podem alterar os processos lógicos da translatividade em seu procedimento de “devir”, devido ao fato de que os processos lógicos, embora metodológicos, ainda assim, são passíveis de certos desvios, como no caso dos silogismos sofisticados. Outrossim, com os devidos cuidados, estes processos têm se demonstrado como os mais confiáveis.

9.5.3.3 Causas que atuam sobre a translatividade

As causas que atuam sobre a translatividade para diminuir ou suprimir os fatores que macularam a ordem pública derivam dos diversos tipos de ignorância ou erros ocorridos no transcorrer dos atos, sejam eles de boa ou de má fé. Esta ignorância pode ser vencível ou

invencível. A primeira torna o ato indiretamente válido e existente, não necessitando que haja qualquer alteração superveniente, porque a negligência de tomar informações, sendo voluntária e culpável, supõe a aceitação das conseqüências da ignorância. Não pode, portanto, enganar-se pensando escapar às responsabilidades de seus atos, evitando sistematicamente esclarecer-se sobre os seus deveres.

A ignorância invencível é atualmente involuntária, por conseguinte, ela não é culpável.

9.5.4 O fim último da translatividade

Atingir o fim último da translatividade equivale a realizar a perfeição da natureza deste ato. Isto ocorre concomitantemente, na medida em que evitamos o mal que nos desvia desta perfeição, mas, para isto, faz-se necessário definir qual a natureza desta perfeição, qual o ponto em que a translatividade atinge seu ponto culminantemente, almejado. Para tanto, temos de conhecer a atividade moral que a rege, que a fundamenta, qual será o valor absoluto desejado. Pode-se chegar ao lume também, questionando-se qual é a natureza deste dever.

A translatividade tem seus objetos próprios, que é seu fim particular. Finalidade esta que foi conferida pela inteligência humana, em seu processo evolutivo. No campo filosófico afirma-se que o fim da inteligência é a verdade. Oras, sendo o erro oposto à verdade, não pode ser ordenada ao bem total do homem, cujo objeto último é a própria perfeição; isto se deve ao fato de que a finalidade derradeira é perseguida conscientemente, regrada pela inteligência que direciona seus atos ao seu fim, “i. e.”, a verdade e o bem maior, que passam a ser a causa primeira e o fim último dos atos humanos.

A translatividade (“mutatis mutandis”), como instrumento idôneo para retirar a verdade de seu embrião de potencialidade, passando-a à condição de ato, institui-se, com propriedade, em uma oposição eficaz ao erro, que se constitui dessarte, no instrumento que possibilita o exaurimento do processo evolutivo humano, ao seu fim último, pela via de sucessivas manifestações, subordinando todo o resto como meio. Disto extrai-se o caráter transcendental, no sentido próprio do termo.

9.6 Características

As principais características da translatividade, foram abordadas em seus próprios elementos e referem-se à imprescritibilidade, à atuação de ofício, bem como à inobservância horizontal ou vertical (não importa o grau) no que tange à jurisdição, cabe não ressaltar, ainda que, não

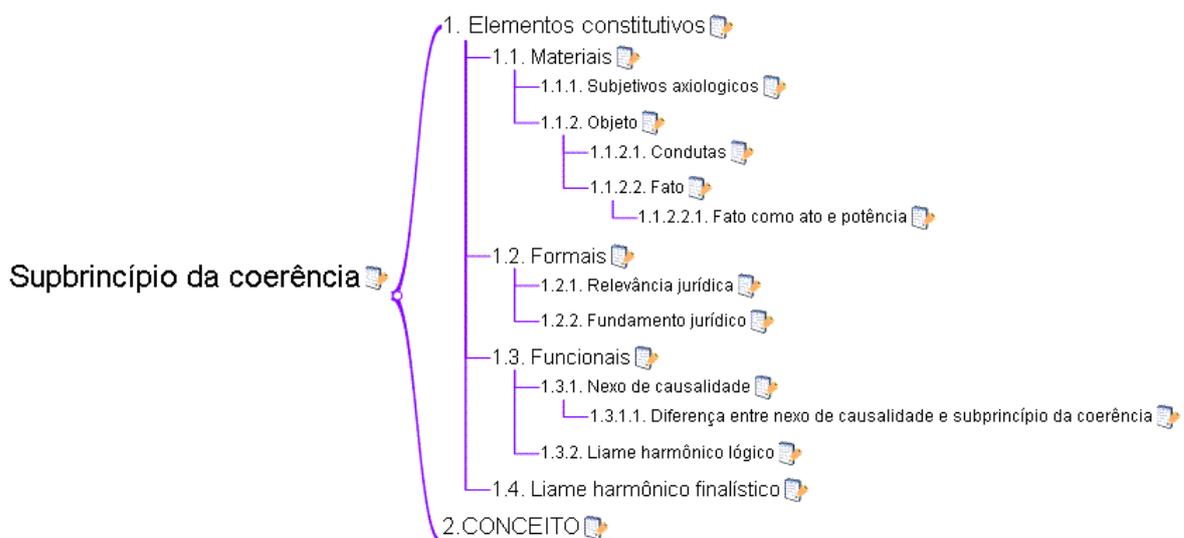
tendo forma, não preclui.

10 Supbrincípio da coerência

A terceira Lei de Newton expressa a seguinte expressão: "a toda ação corresponde uma reação de mesma intensidade, mas, em sentido contrário". Esta regra da física, conhecida como a "lei de ação e reação", tem sua representatividade no mundo do direito e a encontramos, sempre que nos deparamos com o nexos de causalidade.

É a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado naturalístico, encontradas, principalmente no campo penal e que deverá sofrer algumas mitigações, sob pena de atingir as raias do absurdo. Na área cível e no administrativo, ocorre, quando da junção do fato com o fundamento jurídico, sendo que, neste último exige-se uma compatibilidade entre o motivo declarado e o resultado do ato administrativo (veja-se, portanto, que não basta o nexos de causalidade, mas deve haver ainda um liame razoável). No campo lógico das idéias utiliza-se uma poderosa ferramenta, para concatenação da causa e efeito. Tratam-se dos silogismos. Contudo, nem sempre uma conclusão lógica é coerente.

Exemplo clássico: Na Arca de noé entrou um casal de cada espécie de animal. Oras, o peixe é um animal. Logo, entrou na Arca de noé um casal de cada espécie de peixe.



10.1 Elementos constitutivos

Dividimos os elementos constitutivos relativos ao princípio da coerência em matérias, formais, funcionais e finalísticos, conforme passamos a explicar:

10.1.1 Materiais

Os elementos materiais são de ordem subjetivos axiológicos e objetivos, quando tratar das condutas e dos fatos.

10.1.1.1 Subjetivos axiológicos

A valoração do encadeamento dos fatos e condutas com a letra da lei visam desentranhar a inata questão da natureza profunda das coisas, enquanto relacionadas ao seu fim, de forma que não haja uma desproporcionalidade de juízo. Assim, a maior ou menor probabilidade de utilização das razões que fundamentam o juízo, decorre de sua valoração. A letra da lei, em si atua com funcionalidade condicionadora, controladora da valoração. Impõe uma retração à natural tendência subjetiva - daquele que se utiliza da dialética - quanto à dúvida metódica do afastamento temporário de um e de outro (fatos, condutas e a norma) antes da emissão do juízo.

Se considerarmos secamente a objetividade da Lei, como parte da consciência coletiva, perceberemos que a sua não aplicação violará a consciência social; por outro lado, considerando-se os aspectos subjetivos de quem emite o juízo de valor, caso não haja uma relação harmoniosa entre a lei e o fato, a aplicação da Lei violará a consciência do Julgador.

Um meio termo consiste em uma unificação do direito positivo e racional à abertura de novos dinamismos, o que, de início parece complicado, pois acarretaria na criação de espaços, tanto para mitigação, quanto para a prorrogação do alcance da lei, indefinidamente. Neste sentido, resultados já vêm sendo alcançados, a exemplo do que ocorre com o Novo Código Civil, que cuidou de vários aspectos teleológicos, como a função social dos contratos e a própria Carta Magna promulga por uma sociedade justa, dentre seus objetivos.

O subprincípio da axiologia, quando visar às questões relacionadas aos méritos dos atos, implica análise: a) do seu grau de importância, que será auferido em uma escala de valores em determinado gênero e espécie; b) dificuldades e esforço despendido ao cumprimento da(s) obrigação(s) (vencer a inércia, as paixões, elementos acidentais etc); c) Ação tomada

efetivamente e d) Intenção do agente.

10.1.1.2 Objeto

Objetivamente, a coerência constitui-se em uma aplicação axiológica aos liames logicamente encadeados entre si, de maneira que forme um sistema harmônico, porquanto, utiliza-se de razões mais universais.

10.1.1.2.1 Condutas

O que nos interesse aqui é a conduta humana, enquanto produtora de um ato ou fato juridicamente relevante, pois é daqui que se extrairá o liame causal, objeto de valoração em razão de uma norma.

10.1.1.2.2 Fato

Qualquer acontecimento do mundo em que vivemos, porquanto que haja relevância jurídica, pode ser um dos elementos objetivos, pois é do fato que se extrairá o nexo de causalidade (a relação existente entre a conduta e o resultado). Assim, objetivamente, pelo subprincípio da coerência, constituir-se-á uma axiologia aos liames logicamente encadeados entre si, de maneira que forme um sistema harmônico, haja vista, utilizar-se das razões mais universais, eis que (em uma análise objetiva) abrangem-se inclusive as concausas relevantes.

10.1.1.2.2.1 Fato como ato e potência

Um fato pode ser tomado pelo que é, ou pelo que efetivamente pode ser (passível de existência), neste contexto, embora essencialmente o fato exista, sua manifestação não atingiu o grau de tangibilidade - é, portanto perfeito potencialmente, mas imperfeito quanto ao ato em si, enquanto existência - deixando uma incerteza quanto ao seu "vir a ser", é o que se entende tecnicamente por contingência.

Quando se expede um mandado de prisão preventiva, o que se diz em verdade é que "não podendo a potência passar ao ato a não ser sob a ação de um ser em ato", basta que cerceemos a possibilidade de ação (conduta) do sujeito, que o resultado do ato não ocorrerá e, conseqüentemente o fato também não. Assim, neste contexto, a valoração do liame, far-se-á pelo seu "devir".

10.1.2 Formais

Os aspectos matérias referem-se àqueles que possuem relevância e fundamentos no direito.

10.1.2.1 Relevância jurídica

Digamos que um sujeito qualquer esteja caminhando na rua, e então comece a chover. A chuva, por si só, não possui qualquer relevância, se não estiver acompanhada de uma imputação normativa qualquer. Dessarte, quanto ao sujeito que caminha na chuva e cai em um bueiro quebrando a perna ou é atropelado, neste caso, surge um dano, com responsabilidade no mínimo potencial, pois, um bem da vida, juridicamente protegido, está sob a perspectiva de uma ameaça, donde surge a relevância jurídica.

10.1.2.2 Fundamento jurídico

É sabido que o administrador público ("lato sensu") pode atuar apenas dentro dos limites legais, sob pena de atuar sob as esferas da ilegalidade. É certo também que estas leis devem subsumir-se aos objetivos fundamentais do Estado, conforme dispõe o art. 3º de nossa magna carta. Assim, os fundamentos jurídicos, para que sejam tidos por harmônicos, não podem violar os fundamentos Estatais, pois, assim o fazendo, apenas uma formalidade aparente é que estará sendo observada. Portanto, para que haja harmonia, é necessário que se observe o princípio finalístico da vedação ao retrocesso, que determina que não pode haver interpretação a Lei que mitigue fundamentos, objetivos fundamentais, direitos fundamentais ou quaisquer outras cláusulas consideradas, pétreas. Deste modo, o fundamento jurídico deve estar na Lei, sim, mas, a lei também deve obedecer à lei.

10.1.3 Funcionais

Referimo-nos aqui àqueles aspectos que possibilitam ou auxiliam a executoriedade relativas à coerência.

10.1.3.1 Nexo de causalidade

Uma aplicação prática do subprincípio da coerência verifica-se, quando do estudo do nexo de causalidade, pela Teoria da equivalência dos antecedentes causais ou das condições ou teoria da condição negativa. Sabemos que o art. 13 do CP⁴⁸ reza que o resultado do crime é imputável a quem lhe deu causa, seja por ação ou por omissão (pois aqui o agente deixou de atuar, para evitar o resultado, quando "deveria" fazê-lo. Trata-se portanto de uma contribuição de ordem negativa, "i. e.", o resultado naturalístico vem de sua inércia material, "do não fazer",

⁴⁸ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido.

assim, tudo o que contribui para o resultado é causa deste. Contudo, a teoria "conditio sine qua non", para que seja considerada razoável, deve sofrer algumas mitigações, sob pena de alcançar "as raias do absurdo", como no caso da aplicação do "regressus ad infinitum", a exemplo do que ocorre no crime de homicídio, em que, além do agente causador direto do dano, responsabilizar-se-á também, aquele que vendeu a arma, o que a fabricou, o que vendeu o minério para o fabrico etc.

Isto nos lembra a teoria das cinco vias elaboradas pelo Filósofo e Teólogo Tomás de Aquino, que procurou provar a existência de Deus, por processos racionais. Referimo-nos em especial à Prova da Causalidade, onde se observa o movimento, pela perspectiva do "vir-a-ser" fenomenal, "i. e.", se tudo que é produzido não tem uma causa em si mesmo, mas, é produzido em razão de uma outra coisa, conclui-se que, por exclusão da regressão ao infinito, há uma "causa absolutamente primeira" e independente, que é a fonte de toda a causalidade.

A semelhança entre a teoria da Prova da Causalidade de Tomas de Aquino e a teoria "conditio sine qua non" adotada pelo CP, consiste na eliminação dos elementos causais, para se evitar o "regressus ad infinitum". Enquanto a primeira utiliza-se de um elemento transcendental, como fonte de todas as séries causais; a segunda, utiliza-se de mitigadores aos antecedentes causais por via de projeções paralelas, que visam valorar o liame de forma harmoniosa (eis o subprincípio da coerência). São elas: 1ª) As "concausas": a) concausa superveniente relativamente independente⁴⁹; b) Concausas absolutamente independentes (pré-existentes, concomitantes ou supervenientes); c) Concausas relativamente independentes (preexistentes, concomitantes ou supervenientes); 2a) A imputação objetiva da conduta, onde o agente só responde quando "criar" riscos proibidos relevantes); 3a) A imputação objetiva do resultado em que o agente só responde se o resultado jurídico constitui "realização" do risco proibido criado e por fim 4º) Imputação subjetiva, nos crimes dolosos (CP, art. 18, "I").⁵⁰

10.1.3.1.1 Diferença entre nexos de causalidade e subprincípio da coerência

Sabemos que a tipicidade formal ou legal é composta de quatro elementos: a) Conduta; b) Resultado naturalístico; c) Nexos de causalidade e d) Relação de adequação típica. Neste último item, a relação de adequação, refere-se ao fato é a Lei, "i. e.", o fato deve adequar-se à letra da lei (dimensão fática legal). Até aqui o nexos de causalidade é aplicado de formas secas,

⁴⁹ Art. 13 § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

⁵⁰ Conforme resumo teórico ministrado pelo prof. Luiz Flavio Gomes no IELF.

mecânicas. Dessarte, por este método, quem furta uma laranja enquadra-se no tipo do art. 155 do CPP⁵¹, podendo a pena variar de 1 (um) a 4 (anos) mais multa. Percebe-se que mesmo se aplicando uma pena mínima, está-se evidenciando desproporcional. Desproporcionalidade esta que decorre de uma valoração efetuada entre a conduta, o resultado e a pena imposta, ou seja, o tipo subtrai os dimensionamentos axiológicos, capazes de resultar uma pena adequada. Este dimensionamento exige que, com sua conduta, o agente (cuja subjetividade também é valorada em alguns casos, como nos homicídios dolosos), tenha produzido um resultado jurídico "penal e objetivamente relevante", consubstanciando-se, deste modo, em um liame harmônico.

No primeiro caso, temos o nexos de causalidade; no segundo, a aplicação do supbrincípio da coerência. Enquanto o nexos causalidade trata especificamente de uma relação de causa e efeito, o subprincípio da coerência garante, impõe a existência de um liame harmônico (razoável, proporcional).

10.1.3.2 Liame harmônico lógico

Vejamos o clássico exemplo da ambulância (do direito penal), onde um sujeito fere mortalmente o outro indivíduo e, posteriormente, quando este é socorrido, a caminho do hospital, o veículo sofre um acidente, causando um traumatismo craniano, que culmina na morte da vítima. Existe um nexos de causalidade entre a morte da vítima e o ferimento provocado, pois a vítima não estaria em uma ambulância, caso não houvesse sido ferida. Há um elo de ligação lógico, mas como se trata de uma “concausa paralela, relativamente independente” o liame não é harmônico. Outrossim, seria lógico e harmônico se a vítima falecesse em virtude do ferimento provocado.

10.1.4 Liame harmônico finalístico

Reza o art. 84 do CPP⁵² que a competência pela prerrogativa de função é do STF e dos Tribunais de apelação. A fim de que o nexos de causalidade entre o ato e o agente tivessem um

⁵¹ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁵² Art. 84 - A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade.

liame harmônico, dentro de um espaço temporal, entendeu o STF, através da Súmula 394⁵³, que tal artigo referia-se somente a crimes cometidos durante o exercício funcional, não importando que a respectiva ação se iniciasse posteriormente ao mandato. Contudo, com o cancelamento da dita súmula, prevaleceu o entendimento de que o ajuizamento da ação referente ao lapso temporal posterior ao mandato, não cabia mais aos tribunais. Posteriormente, a Lei LEI Nº 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002 (Lei pré-natalícia), incluiu dois novos parágrafos ao art. 84 do CPP⁵⁴ fazendo ressurgir a antiga súmula no parágrafo primeiro.

Deparamo-nos aqui com o "liame harmônico finalístico", eis que, em um primeiro momento, o STF entendeu que, como a competência era da função e não da pessoa, não poderia afirmar que tal prerrogativa ultrapassasse o interstício temporal relativo ao uso das atribuições, enquanto mandatário. Tal entendimento veio a ser confirmado posteriormente com o advento da Lei supracitada, muito embora nos transpareça a impressão de que, mesmo forçosamente, não faltarão aqueles que defenderão tratar-se de uma prerrogativa vitalícia.

10.2 CONCEITO

Subprincípio da coerência é o elo de ligação harmônico do nexa causal, ao qual se granjeia pela valoração das condutas e dos fatos que possuam relevância para o direito, atendendo-se aos pré-requisitos dispostos junto aos fundamentos jurídicos, de caráter finalístico, constituindo-se, destarte, em uma unidade lógica.

⁵³ STF Súmula nº 394 - Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

⁵⁴ CPP, art. 84 § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

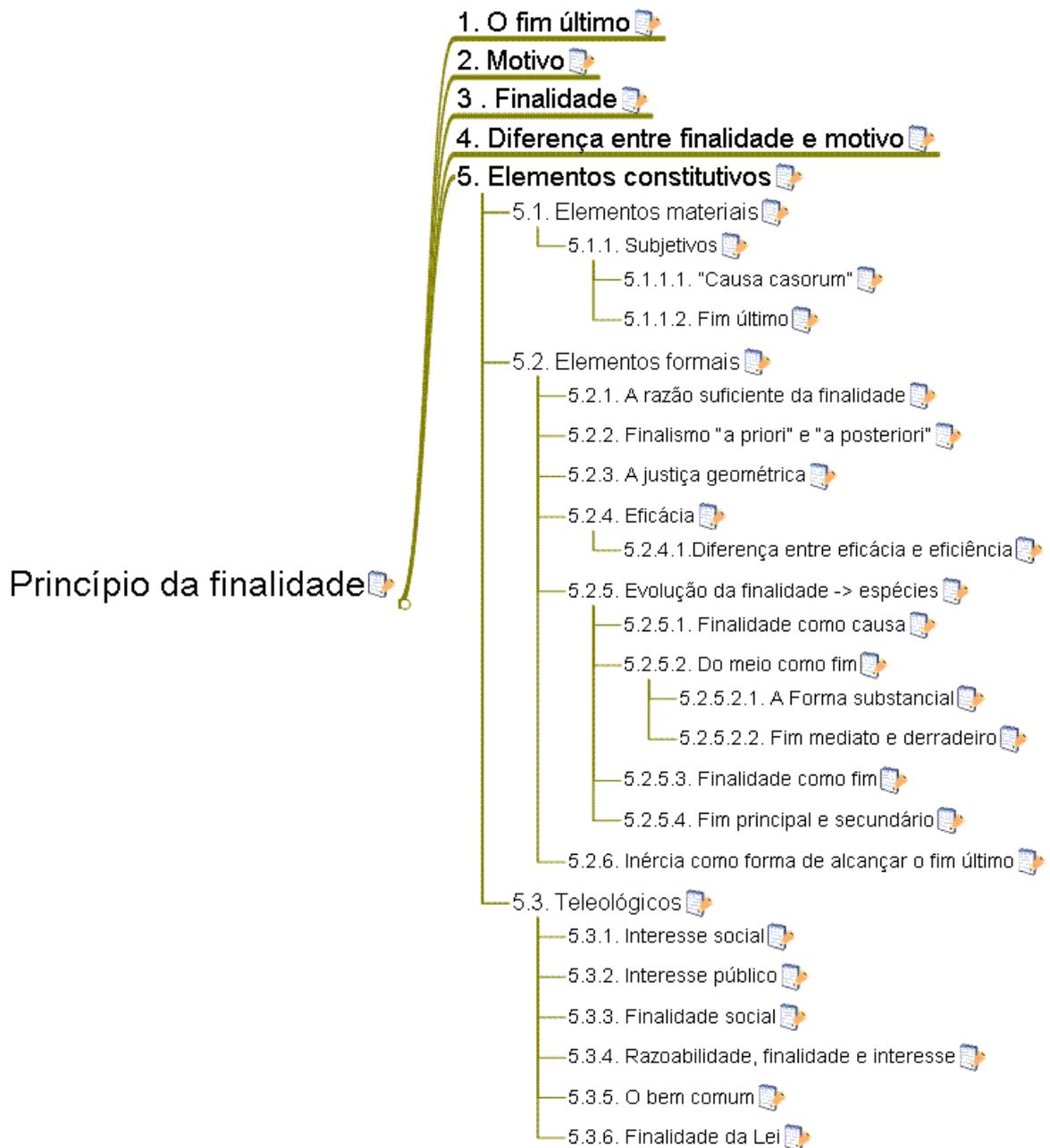
§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro, em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

11 Princípio da finalidade

Para Regis Jolivet⁵⁵, o bem e o mal, objetivamente, existem independentemente da volição humana "Há um bem e um mal objetivos, que existem independentemente do querer e que se impõem a este, como coisas a perseguir ou evitar". A própria definição de bem e mal não são definitivas, haja vista que, há um dinamismo próprio da evolução volitiva que pode ser encontrada no curso que leva à perfeição de nossa natureza.

Em nossos propósitos, analisaremos a finalidade direcionada ao atos humanos, e para ser mais específicos, aos pressupostos capazes de embrenhar estes atos do que poderia estar o mais próximo da perfeição dinâmica da vontade, ou seja, aqueles subordinados à inteligência, enquanto na procura do bem maior, seja esta volição objetiva ou subjetiva.

⁵⁵ Jolivet, Regis, **Curso de Filosofia**, Agir, 18ª ed, 1990, p. 354.



11.1 O fim último

Já esboçamos a idéia de que o fim último é aquele que nos leva à perfeição, logo, todos os atos são, em síntese, meios que não possuem um fim em si mesmos (salvo quando analisados obtusamente). São partes independentes mais correlatas, enquanto tendentes a um fim próximo que é a realização do ato objeto, em um fim remoto que é único, o fim último. Cada parte deve conter a sua parcela de perfeição, que irá se somar, até chegar ao desígnio final "i. e.", se não for capaz de dar sua contribuição, é como se inexistisse, é um "não ato", pois possui valor zero e tudo o que se soma a zero, permanece do mesmo modo, estático, imóvel, imperfeito (A perfeição não se estagna, não tem limites. Se fosse estática, não seria perfeição, pelo simples fato de estar limitada.). É neste ponto que se encerra a teoria do vácuo,

considerando-se que um ato inexistente nos dá a idéia de algo que precisa ser preenchido, pois a perfeição, ao mesmo tempo em que é uma exigência do fim último é "o próprio" e não admite espaços em branco. Afinal, não há que se falar em meio perfeito, meia verdade, meio uno.

11.2 Motivo

As manifestações naturalísticas podem dar ensejo a certas atitudes. Atitudes estas que, em regra, mantêm relação direta (proporcional) com o fato originário referente. Mais uma vez, nos damos conta da relação de causa e efeito. Os motivos são, assim, os fatos originários, relativos à relação existente entre a manifestação naturalística e os efeitos desta manifestação que, para fins de direito são, concomitantemente, os autorizadores do ato, decorrentes da correta exposição dos elementos, capazes de vincular o interesse público, sem o qual estes não poderiam ser realizados por vício de mérito. Isto se torna mais claro no âmbito administrativo, onde só é possível fazer o que estiver previsto, expressamente em razão do princípio da estrita legalidade.

11.3 Finalidade

Comumente, no direito a finalidade vem, de certa forma, associada à utilidade do ato. Diversamente em parte, do que se trata na filosofia, onde o que se busca é a sua origem e o seu devir, de sorte que o "alfa" e o "omega" possam constituir-se até em algo "uno", pelas vias do "ser". Dizemos diversamente em parte, pois os ânimos materializados que estiverem por trás dos atos em sua origem, são constituintes da substância em seu fim, de forma que não há que se falar em boa fé finalística, conseqüência de uma má fé inicial, a não ser por mero incidente translativo (ressalte-se que estamos tratando aqui apenas do âmbito material). Assim, se dissermos que o ato busca sua utilidade, e esta utilidade, está relacionada ao interesse público, e pudermos dizer ainda que este interesse público, pelos seus fins, é uma espécie de "bem comum", afirmaremos então que esta finalidade que é então, mais que uma mera utilidade, é um supedâneo temporal e funcional para se chegar ao fim último.

11.4 Diferença entre finalidade e motivo

Enquanto o motivo refere-se ao pressuposto fático, ligado à oportunidade, à conveniência ou mesmo à obrigatoriedade fático-legal em si mesma, a finalidade refere-se ao que se busca com o ato, qual seu fim, seu destino. No campo administrativo, está sempre ligado ao interesse público no direito como um todo, vincula-se ao bem comum.

11.5 Elementos constitutivos

Enumeramos os elementos finalísticos em materiais, formais e teleológicos, a saber:

11.5.1 Elementos materiais

Os elementos materiais referem-se aos estados relativos ao sujeito, em razão da causa primeira ao fim último, enquanto meio, ao passo que os aspectos materiais objetivos vinculam-se ao bem absoluto.

11.5.1.1 Subjetivos

Conforme já foi explanado, o homem, em todos os seus atos, busca a felicidade; assim

sendo, o elemento material subjetivo finalístico vem a ser justamente a perfeição dos atos que levem o sujeito à paz e à harmonia, eis que somente deste modo estará direcionando-se ao seu fim último.

11.5.1.1.1 "Causa casorum"

Toda causa possui o seu "primus mobile", seu "animus originalis". Quando imbuída da vontade, é seu o ponto de partida "primeiro", "i. e.", a "causa casorum". Quando relacionado com o sujeito, esta causa primeira, aparentemente, a princípio, está relacionada à vontade, que antecede a ordem de execução. Falamos aparentemente, porque a "vontade" pressupõe a consciência com todas as prerrogativas da liberdade. Somente uma consciência livre é capaz de atos vinculados à causa causadora, pois as ânsias intrínsecas, desprovidas de liberdade, não são capazes de outros, atos que não sejam aqueles subordinados aos "desejos" (cabe esclarecer que entendemos a vontade como elemento ativo; o desejo como, passivo) que tornam os atos nada da mais que meras conseqüências das circunstâncias. Podemos, daí, deduzir então que os "desejos" carecem tanto de consciência quanto de liberdade. Sua pluralidade advém da falta de vínculos com a causa primeira, em movimento ao seu fim último, ou seja, "a perfeição". Isto decorre do fato de que o nexos causal vincula todos os atos, como se um só o fossem, tornando, o que é plural, em singular, em conseqüência de seu fim.

Esta relação, com o princípio da finalidade, advém do fato de que, estando um ato desvinculado de seu nexos primeiro, tal ato constitui-se numa frustração ao fim último, que todo "ente" pretende um dia alcançar, ainda que (conforme já afirmamos) não tenha consciência disto. Trata-se, pois, de uma espécie de desvio da linha do destino, uma conta com resultado imperfeito, que necessita e será sanado, pois, na natureza, tudo se direciona ao ponto zero "i. e.", ao equilíbrio. Todo o nosso universo, todos os planetas e sistemas e inclusive no microcosmo, todos os átomos e subpartículas querem alcançar a sua estabilidade. Estabilidade esta que nunca será alcançado, porque tornaria, a perfeição, imperfeita, a não ser que houvesse uma unidade suprema de desígnios, capaz de tornar, todos os movimentos **com o um**. Assim, a manifestação microssísmica deste aspecto limitado pode, muito bem, ser definida como "o bem comum".

11.5.1.1.2 Fim último

Temos esboçado o fim último na idéia daquilo que nos leva à perfeição, logo, os atos intermediários são, em síntese, meios, daquilo que vem a ser o fim, em si mesmo, "i. e.", a substância do ato - e não o fim do ato, enquanto essência - pois tratam-se de partes

independentes, mas correlatas, enquanto tendentes ao um fim próximo, que é a realização do ato objeto e de um fim remoto, que estando corretamente direcionado, é o fim último. Cada ato deve conter a sua parcela de perfeição que irá se somar até chegar ao desígnio final, "i. e.", se não for capaz de dar sua contribuição, é como se inexistisse, sendo, portanto, um "não ato", visto que possui valor zero, em relação ao seu fim e (repetindo) tudo o que se soma a zero, permanece do mesmo modo, estático, imóvel, imperfeito (lembramos que a perfeição não se estagna, não tem limites, se fosse estática não seria perfeição pelo simples fato de estar limitada). Neste ponto, relembremos a teoria do vácuo, traçada quando do subprincípio da translatividade que, ao considerar que um ato é inexistente, transmite-nos a idéia de algo que precisa ser preenchido, pois a perfeição, ao mesmo tempo em que é uma exigência do fim último é o próprio, e não admite espaços em branco, meio perfeito, meia verdade, meio uno.

11.5.2 Elementos formais

Os elementos formais referem-se a alguns aspectos de sua própria formação, bem como aos que garantam sua eficácia evolutiva, faz também parte destes elementos formais, o subprincípio da coerência, que já fora tratado anteriormente.

11.5.2.1 A razão suficiente da finalidade

Considerando-se a relação existencial do princípio da finalidade decorrente de seu vínculo com o primeiro sopro volitivo em direção ao fim último, percebe-se que há uma relação intrínseca com os demais princípios existentes que "in ultima rattoo" convergem ao mesmo fim. Extraímos daqui a razão suficiente, "i. e.", a razão de ser deste princípio, cuja manifestação dá-se a cada chamamento de um outro princípio ou subprincípio, ainda que não aparente.

Esta manifestação consubstancia-se em três aspectos: Eficiência, substância e finalidade própria.

A razão de ser da eficiência será encontrada na causa que originou o ato. Note-se que não estamos tratando da causa primeira, mas do ser enquanto ente. Cabe aqui esclarecer ainda, que não estamos considermos o ente, como uma espécie do gênero ser", mesmo porque, se assim o fizéssemos, sua unidade e indivisibilidade estaria sendo colocada em evidência. Assim, para fins didáticos, tratamo-lo como um sub-harmônico que, "in ultima rattoo" constitui-se numa multiplicidade transcendental, que se torna possível, por derivação. Somente a partir daí que será possível levantar todos os elementos necessários à verificação

de qual ou quais sejam os critérios de eficiente. Supondo que se trate de uma atividade administrativa, todos os adjetivos positivos relativos àquela atividade, que suponha um absurdo em sua contraposição, serão elementos de sua causa eficiente. Dessarte, um serviço ágil o é, na medida em que se contrapõe aos meios morosos indesejados. Importa não confundir a eficiência com a causa eficiente, que é aquela que por sua ação própria produz o efeito não derivando de uma causa, como no caso da primeira, que é meramente instrumental.

No que tange à subsistência, a finalidade deve ser analisada pelo aspecto substancial que será encontrado no sujeito, "i. e.", o ato é material, a partir daquele, pelo qual se manifesta a existência, que é por onde serão analisados todos os acidentes e fenômenos.

Por fim, a finalidade é determinada sob o ponto de vista de seu próprio fim. De início parece ser uma petição de princípio, mas, só o é na aparência. Basta considerarmos que todo agente age visando a um fim e que este fim está determinado pela natureza deste agente, consistindo-se, pois, em sua própria funcionalidade.

11.5.2.2 Finalismo “a priori” e “a posteriori”

Partindo-se de um ponto de vista Kantiano, podemos dizer que é possível a percepção, “a priori”, da finalidade, considerando que dispõe de substância, de causalidade e de finalidade, conforme a materializamos "ad retro" pelas vias do sujeito, do ato e pela natureza do agente enquanto exercente de uma função. Esta percepção torna-se ainda mais sensível, quando analisamos seu contexto local e espacial, o que não significa que sejam verdades em si mesmas, mas que, “a priori”, tocam nossa percepção e, conseqüentemente a fazemo-la assim, pois seu resultado manifesta-se por intermédio do sujeito; isto, considerando-se apenas a percepção sensualista.

11.5.2.3 A justiça geométrica

Como a fonte verdadeira da felicidade, deve estar ao alcance de todos; é natural que seja considerada como um bem absoluto. Um bom exemplo disto é aquele que nasce da natureza ("contrario sensu", sua destruição deve ser considerada um mal absoluto), eis que sacia a todos quanto participem de sua própria essência. É bem verdade que a efemeridade dos bens produzidos pelo homem não podem ser tido como bens absolutos, mesmo quando o tomado artificialmente, como no caso daqueles consignados por ascensão intelectual, mas quando possuam os pré-requisitos de acessibilidade, de participação universal, constituem-se em uma espécie de sub harmônico, elevando-se, assim, em sua própria categoria, por espelhamento.

Neste sentido, a Justiça pode ser tomada como um bem supremo, "i. e.", desde que tratada objetivamente.

Dar a cada um o que é seu, pelo módulo aritmético, com efeito, não é mais que exigir o cumprimento cego de uma obrigação sinalagmática, ratificando uma igualdade simples e absoluta, somente em relação ao seu círculo existencial - raramente imbuída de proporcionalidade. Por outro lado, se considerarmos o prisma geométrico do que é devido nos depararemos de frente com o bem comum que, por ser de aspecto amplo, estende-se para os lados (aspectos particulares - qualitativo e pessoal), para frente (aspectos singulares - futuras gerações) e para cima (aspectos gerais - "nível do ser"). O artigo 1.228 do NCC⁵⁶ que trata da função social e ambiental da propriedade é um bom exemplo do que vem a ser a "justiça geométrica".

11.5.2.4 Eficácia

O princípio da eficiência encontra sua razão de ser em face ao princípio da causalidade - que professa que tudo que inicia sua manifestação tem uma causa - e em relação ao princípio da finalidade que denota que toda ação tem uma finalidade em vista, que decorre da natureza da própria ação. Trata-se, pois, de uma virtude ou característica relativa ao modo de execução que, em função daquilo que lhe deu origem, busca um resultado, cuja valoração dá-

⁵⁶ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

se pelo rendimento, em razão do grau dos erros tolerados, do dispêndio de energia, do tempo consumido, dos custos, das formalidades (essenciais ou não), qualidade final do produto é a utilidade do que foi produzido em função do almejado.

11.5.2.4.1 Diferença entre eficácia e eficiência

Comumente os dois termos têm sido utilizados como sinônimos, inclusive a própria CF, em seu art. 37, "caput", parece corroborar para isto. Entretanto, faz-se necessário distinguir os termos para melhor aplicação.

Enquanto a eficiência relaciona-se ao modo de produção, buscando a certeza de atuar ou produzir efetivamente, com o mínimo de perdas, gastos e esforços, enfocando, portanto, "*o fazer as coisas da maneira certa*⁵⁷", a eficácia almeja produzir, a um resultado desejado, volta-se, por conseguinte, *àquilo que precisa ser feito para alcançar o objetivo. Tem, portanto, o enfoque de dar atenção, direcionar-se às coisas certas*⁵⁸.

É comum na administração pública que se utilize eficiência, sem ou com muito pouca eficácia.

Um exemplo prático é aquele em que o superior deixa de assinar um ofício, porque faltou um acento em uma determinada palavra, posto que, uma correção poderia ter sido efetuada com a própria caneta. Contudo, determina ao seu subordinado que faça outro expediente, acentuando corretamente.

Não é raro que, muitas vezes, gaste-se tempo, esforços e materiais, fazendo de modo excessivamente correto, coisas não precisariam ser feitas, ou que não se exige tanto rigor, pois não levam ao resultado desejado. A eficiência e a eficácia devem ser aliadas, lembrando-se sempre da opção do usuário final que, com certeza, na grande maioria das vezes, há de eleger a eficácia sobrepondo-se à eficiência. Basta lembrar que o perfeccionismo exagerado pode ser considerado como pura vaidade e ambição pessoal e, por conseguinte, viola, entre outros, o princípio da impessoalidade. Cabe, portanto, utilizar-se do caráter elástico do princípio da razoabilidade, para adequar a eficiência à eficácia. A administração pública, "lato sensu", pode eleger a perfeição, mas, sempre ligada ao bem comum, para não cair em erro.

⁵⁷ Ex.: Procedimentos ordinários.

⁵⁸ Busca resultados. Ex.: Súmula vinculante, julgados etc

11.5.2.5 Evolução da finalidade -> espécies

Cabe aqui considerar o caráter imanente da finalidade, eis que, atuando como causa (por derivação à "causa primeira") e como fim (por derivação ao "fim último"), capacita as operações translativas por transcendência, que consubstanciam em tudo que seja "uno, bom e verdadeiro".

A unidade (materializada no direito, bem como os demais termos) está na relação existente entre a coletividade e o indivíduo (é o nexos relacional do todo com a parte e da parte com o todo). O indivíduo e a coletividade são como uma gota no oceano, que é formado de gotas...

A bondade encontra sua razão de ser no nexos relacional da transcendência individual. O oceano, ao expurgar uma gota, expurga uma parte de si mesmo, de seu próprio ser. Considerando-se o atributo da unidade, este expurgo não pode ser, pois, constituir-se-ia numa desnaturalização inconcebível (a gota não é o oceano e não há oceano sem a soma das gotas). A expressão do bem dá-se pela via da tendência enquanto termo "i. e.", o fim e o bem devem coincidir e esta interação deve abranger o indivíduo e a sociedade em uma unidade.

A verdade (estamos aqui nos referindo a verdade lógica e não a transcendental) é a própria justiça em sua mensuração correta, relativa ao bom e ao uno - que ocorre para os operadores do direito - quando a finalidade põe-se em conformidade com a inteligência (eis a razoabilidade substancial).

11.5.2.5.1 Finalidade como causa

Há um impulso interior que faz com que a maioria dos entes execute inconscientemente atos tendentes à satisfação das suas necessidades de sobrevivência, e em alguns casos, abrangendo inclusive os seus. São atos que não passam por qualquer crivo de juízo "a posteriori", pois são imanentes a todo ser sensível, com capacidade de reação. São inseparáveis, pelo simples fatos de compor a própria natureza destes. Estamos nos referindo ao "instinto".

Há ainda impulsos que decorrem de apetites psíquicos, como carências, paixões, sentimentos variados, ou seja, os desejos.

Em oposição a estas modalidades inconscientes e fatais, o ser humano é possuidor de

uma prerrogativa própria, "i. e.", que o torna senhor de seus próprios atos, e "in ultima rattoo" esta faculdade lhe proporciona a virtude de perseguir o bem conhecido pela razão e/ou intuído em seu "ser". Trata-se, pois, da vontade, que nas palavras de Regis Jolivet, é definida como "*Um princípio de atividade inteligente, enquanto conhece o fim a que tende, os meios de atingi-lo e as conseqüências que dele resultarão*"⁵⁹.

A vontade é então o motor propulsor da finalidade, como causa e é por seu intermédio, que o seu conhecimento faz-se manifesto, pois é daí que surge "o porquê" da produção do ato em relação à sua ordem originária. Dessarte, ao considerarmos a seguinte definição: "Processo é o conjunto de atos coordenados, que visam à composição da lide no âmbito jurisdicional, com vistas à solução do litígio, pela via do provimento", a finalidade como causa refere-se ao querer à solução de um litígio pela entrega de um determinado bem da vida (a quem de direito nem sempre faz parte da finalidade como causa).

11.5.2.5.2 Do meio como fim

Quando a intenção originária inicia seu movimento, passa a utiliza-se de certas ferramentas, que se constituem, então, em meios necessários para atingir o objeto de sua vontade. Aqui o conceito processual anterior e tido como meio, ou mero instrumento para a composição da lide e obtenção do resultado objeto da intenção originária.

Um grande equívoco ocorre, portanto, quando a forma sobrepõe-se à finalidade. O formalismo deve ser tomado, então, apenas como um meio, um método organizacional, para se atingir o resultado almejado e não o contrário. Este entendimento já vem sendo reconhecido em muitos casos, posto que, não positivado extensivamente. Cabe esclarecer que o subprincípio da instrumentalidade das formas é um reconhecimento à supremacia da finalidade em razão do meio.

Dentro de um contexto geral e amplo, podemos afirmar que quando a finalidade objetiva e a subjetiva são divergentes, o resultado desta operação é a conseqüente tomada do meio como fim. De outro modo, quando direcionada com vistas ao bem comum, não há que se falar em finalidade como meio, ainda que na aparência o seja.

11.5.2.5.2.1 A Forma substancial

O fim, enquanto causa que não iniciou seu movimento, é pura potência. Ao partir em

⁵⁹ Op. cit. p. 206.

sua caminhada, converte-se em qualquer coisa que, como meio, seja útil em seu percurso, tendente a um fim. Durante este percurso, quando o fim adere-se ao meio, dá, então, ensejo à forma substancial, que é oriunda do próprio ato que lhe deu vazão. Adquire, assim, em sua essência, uma identidade finalística. Percebe-se, portanto, que quando a forma insere-se da substância, consubstancia-se da causa, em razão de seu fim. Deste modo, o meio não é tomado por fim, pois carrega, em si, a substância do ato-causal-finalístico, que lhe deu origem.

11.5.2.5.2 Fim mediato e derradeiro

Os fins mediatos são aqueles meramente instrumentais (como no caso do processo), ou particulares (intenção de proveito próprio ou alheio) como é o caso do agente que utiliza um processo para receber uma dívida. O fim derradeiro (leia-se "fim último") é absoluto e objetivo, eis que se fundamenta no bem comum ou na própria perfeição.

11.5.2.5.3 Finalidade como fim

Ao se realizar o fim, todo o conjunto de atos destinados ao almejado, estarão, concomitantemente, finalizados, isto é, o processo, que era meio, terá chegado ao seu final e o bem da vida será entregue. O fim - que inicialmente era a obtenção do bem da vida - torna-se, então, simultaneamente, o início e o fim da ação.

11.5.2.5.4 Fim principal e secundário

Os resultados que se almejam podem ser primários ou secundários, conforme o sejam tomados pela ordem de subordinação a que se encontram. Assim, um ato administrativo que vise à construção de uma ponte tem (ou deveria ter), como fim principal, o atendimento às necessidades da população e, como fato secundário, as homenagens atinentes ao dever cumprido pelo administrador (os problemas ocorrem quando da desnaturalização da ordem das finalidades).

11.5.2.6 Inércia como forma de alcançar o fim último

O não agir, o estado de repouso retilíneo, a inércia, também são formas de ação, podendo ser considerada inclusive como uma opção à busca da perfeição (ato jurídico perfeito e acabado), em alguns casos, a decadência, a prescrição, a preclusão são, inclusive, utilizadas como técnica de defesa ou possuem finalidades específicas, em proveito próprio. Cabe ao julgador analisar se, atos como estes estão verdadeiramente direcionados ao bem total e absoluto, condizentes com a paz social e o bem comum, considerando-se que tais institutos

podem, tanto atuar em favor de quem detenha o justo e harmônico mérito, ou não.

11.5.3 Teleológicos

No que tange aos elementos teleológicos enumeramos aqui, alguns itens que expressam mais objetivamente aquilo que possa ter uma relação mais íntima com o fim último:

11.5.3.1 Interesse social

Levando-se em conta que o vínculo volitivo é parte preponderante na determinação do fim, o interesse passa a ser considerado um importante elemento constitutivo do princípio em estudo - eis que está diretamente ligado à intenção – sendo, por sua vez, um dos elementos constituintes do princípio da razoabilidade. Conforme já vimos, a palavra interesse deriva do verbo importar, importância dada a alguma coisa, ser do interesse de, útil ou vantajoso. Na acepção jurídica, este termo se expande, desde a intimidade de relações entre a pessoa e a coisa, até a vantagem ou utilidade que se pode extrair do seu objeto.

De uma forma ampla, o entendimento legal de interesse social vem sendo direcionado em razão da função social da propriedade, conforme nos remete o art. 184 da CF e o art. 2º da Lei 4.132/1962 ou ainda relativo a bens móveis, como no caso do art. 17, II, "a" da Lei 8.666/93. Mas não é só isto, ainda no art.1º da Lei 4.132/1962, um outro fator é acrescido: "o bem estar social". Termo este de ampla abrangência, que agrega aspectos intrínsecos e extrínsecos do sujeito, como o relacionamento: consigo mesmo, com o meio e com os demais.

11.5.3.2 Interesse público

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶⁰, o interesse público abrange, tanto as modalidades de interesse geral, como os interesses difusos e os coletivos. No direito administrativo, a Lei de licitações, em seu art. 17, prescreve que o interesse público deve estar devidamente justificado, "i. e.", deve obedecer a uma causa finalística, requisito este, corroborado pelo art. 1º § 6º da Lei de Ação Popular.

No direito penal, deparamo-nos com o *desinteresse público* diante dos chamados crimes de bagatela. Hoje, qualquer agente público, com um mínimo de bom senso, aplicará ,de pronto o subprincípio da insignificância, por tratar-se de questões de ínfima importância (princípio da proporcionalidade).

⁶⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, Editora Atlas, 16º Ed., p. 665.

O subprincípio da impessoalidade é uma decorrência do interesse público e sob este prisma é que deve ser analisado, pois, fazendo-se pelo inverso, incorrer-se-á em um erro de lógica formal, onde o todo será tomado pela parte. Procedimento este que poderá levar a erro.

11.5.3.3 Finalidade social (bem comum)

Segundo Hobbes, em sua obra o Leviatan, a humanidade, antes de organizar-se, encontrava-se em um estado de contendas e constante desorganização, espelho do que seria o estado natural do ser humano. Por outro lado, Rousseau (Contrato Social), o homem fora originalmente bom e pacífico. O primeiro entendeu que a sociedade transformou o ser humano em algo melhor, enquanto, o segundo, afirma o contrário. Quem está certo? Na evolução do conhecimento, chegou-se a um entendimento de que o homem sente necessidade de viver em sociedade. Resta então saber qual a finalidade social.

Já vimos que existem uma finalidade (necessidade) principal e uma secundária, assim, considerando-se como o "fim último", aquela que conduz a todos a uma felicidade plena (perfeição) - entendendo-se por plena a relação da parte com o todo e do todo com a parte - a finalidade secundária estaria vinculada ao aspecto subjetivo de cada membro, "i. é.", a sua forma individual de perfeição, sem a qual a primeira não se haveria como se consubstanciar. Cabe esclarecer que, ao tratarmos do aspecto secundário da finalidade, adentramos a todos os fatores necessários, para que este indivíduo atinja seu "fim", "i. é.", a disponibilidade dos meios, sua parcela "do" e "no" "bem comum". Cabe esclarecer, ainda, que a participação "no bem comum" é sempre feita de modo consciente, ou seja, a partir do momento em que o indivíduo passa a ser visto e respeitado como possuidor de pensamentos, sentimentos e vontade (em oposição à visão do indivíduo como "coisa", peça de uma engrenagem ou um sistema etc), só então se pode iniciar de fato a se falar em dignidade humana.

11.5.3.4 Razoabilidade, finalidade e interesse

Pelo subprincípio da finalidade, a razoabilidade é direcionada na busca do(s) interesse(s) que envolvem uma dada questão. O bem da vida que está em voga, deve ser sopesado (subprincípio da proporcionalidade) em confluência aos interesses das partes contrapostas, chegando, o mais próximo possível, ao denominador comum.

Na administração pública, este princípio vem positivado em vários documentos legais.

Tomamos como exemplo o que consta no art. 1º do Decreto nº 4.058⁶¹, de 18 de dezembro de 2001, art 4º do Decreto nº 3.555⁶², de 08 de agosto de 2000, a Constituição do Estado de São Paulo em seu art. 111⁶³, onde a finalidade induz a que os recursos públicos sigam ao caminho estipulado pelo interesse público.

O art. 2º, parágrafo único inciso "e" da Lei 4.717/ 65, Lei da Ação Popular⁶⁴, segue o mesmo curso ao tratar que o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, *explícita ou implicitamente*, na regra de competência. Neste sentido, a razoabilidade vista pelo ponto de vista da finalidade, deve seguir o curso do ato para alcançar o seu mérito. Contrário senso, o ato, enquanto potência, se ainda não atingiu ao menos parte de seus objetivos na esfera sensível, somente pode ser analisado como plausível. Mesmo a sua eminência, para fins legais, deverá estar acobertado por algum ato, ainda que paralelo, transversal ao fim possivelmente cominado. De outro modo, o que esta sendo avaliado é apenas o elemento subjetivo, a intenção intrínseca do agente. Mesmo a intenção, para ser detectada no mundo sensível de modo que seja exposta, a fim de que venha à tona, a sua extrínscidade, necessita de um ato que a corrobore. No direito penal, existem

⁶¹ DECRETO Nº 4.058, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2001. "Art. 1º O planejamento das atividades da fiscalização dos tributos federais previdenciários a serem executadas no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano será elaborado pela Diretoria de Arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, considerando as propostas das respectivas unidades descentralizadas, observados, dentre outros, os princípios da legalidade, da motivação, da moralidade, do interesse público, da imparcialidade, da impessoalidade, da *finalidade*, da razoabilidade e da justiça fiscal".

⁶² (Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000 - Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, *finalidade*, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.)

⁶³ Constituição do Estado de São Paulo, art. 111, A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público".

⁶⁴ Art. 2º, parágrafo único inciso "e" da Lei 4.717/ 65, Lei da Ação Popular, Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

e) o desvio da *finalidade* se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

vários tipos que pressupõe esta intenção, como, por exemplo, no caso do latrocínio, que via de regra pressupõe dolo na subtração acrescido de dolo de morte; ainda que o art. 157, § 3º não fale especificamente do dolo, sua presunção é "juris et de jure" pois tanto a pena imposta quanto o seu caráter hediondo dado no art. 1º, inc II, da Lei nº 8.072/90 dos Crimes hediondos nos impõem a sua certeza, sem admitir prova em contrário, acerca desta intenção do autor do crime. Embora, em princípio, esta presunção possa nos dar a entender que seja somente legal, quando a analisarmos mais profundamente, veremos que se trata de uma presunção originada do ato executado, ou seja, a finalidade foi deduzida do ato culminado do agente, que conhecia o risco, as passíveis conseqüências de sua ação (dolo eventual, muito embora haja espaço para se perquirir uma culpa consciente no campo especulativo), posto que, seguiu em frente ocasionando um mal maior ao pretendido.

11.5.3.5 O bem comum

Onde repousa a legitimidade da autoridade, senão quando da utilização dos atributos conferidos provisoriamente em razão do benefício dos cidadãos ("lato sensu")? Tudo o que for necessário para a manutenção destes é uma decorrência lógica e harmônica. Assim, quando se resguarda seu "habitat" (inclusive para as gerações futuras), quando se respeitam os outros seres que habitam a terra (um "ente" que se extingue de algum modo sempre compromete todo um ciclo) - estamos todos interligados em uma cadeia sem fim - quando atua-se na defesa da liberdade, da igualdade, da fraternidade, atua-se em favor de todos e de si mesmo, pois o direito que é dado ou tirado de um, finda-se por estender-se aos demais. A dignidade não é do indivíduo, mas da coletividade. Dessarte, se mesmo a um tirano (considerado um ente desprezível, o pó imundo da terra) é dado o direito á participação no bem comum, como é o caso dos vários julgamentos ocorridos após a 2º grande guerra o que dirá ao cidadão comum.

Cumprir frisar que o bem comum não é a soma dos interesses particulares, mas o bem da sociedade, como tal. Todavia, como é a sociedade constituída para assegurar o crescimento, a perfeição da pessoa humana, esta se beneficiara, sempre, de algum modo, ainda quando seja necessário sacrificar (corretamente) interesses individuais imediatos.

11.5.3.6 Finalidade da Lei

Considerando que o fim último está direcionado a felicidade e a participação, podemos concluir que o fim último da lei é o bem comum, e sendo assim, qualquer lei que não esteja embasada nestes requisitos, carece inevitavelmente de legitimidade finalística. Tomás de

Aquino, considerado historicamente o principal precursor de Aristóteles, no que às tange suas formas filosóficas, afirmava que "A lei é a ordenação da razão, promulgada para o bem comum por aquele que dirige a comunidade". Vê-se, pois, que nesta definição esta presente o pressuposto do fim último da lei, ou seja "o bem comum". Contrário senso, em princípio o bem particular estaria eliminado, se cometêssemos o erro técnico de tomar um termo particular em sentido obtuso, pois a massa nada mais é do que a soma dos indivíduos, assim, ao atingir a parte, pode-se também atingir o geral, pela lei da simpatia do todo com a parte e da parte com o todo. Explico: Se levarmos em conta que nosso corpo é o todo e cada membro, cada órgão, cada célula for à parte, tudo fica mais claro. Ao atingirmos fatalmente o coração, o corpo morre, se atirmos o corpo à fogueira, os órgãos morrerão, ao cortarmos um dedo, todo o sistema sanguíneo se empenhará em depositar glóbulos brancos no local lesado, muitas outras analogias podem ser feitas entre o corpo humano, a sociedade e a natureza e, provavelmente a grande maioria estará correta. Resta-nos dizer que, se o bem particular não contrariar o bem comum, este será tão legítimo quanto aquele.

12 Conclusão

Nossa proposta inicial de trabalho insurgiu-se por encontrar alguns dos elementos constitutivos do Princípio da Razoabilidade. Mas não foi somente este o objeto da presente obra. Mais que isto, procuramos demonstrar que os liames existentes entre os seus elementos constitutivos haveriam de formar um todo harmônico, capaz de dar legitimidade à utilização deste princípio, até mesmo onde não esteja positivado. Neste sentido, entendemos que tratamos “do princípio”. Do princípio que esta acima de todos os demais, cuja utilização faz-se indispensável, em todos os ramos do Direito e mais “da própria vida”.

Elencamos ainda os obstáculos da personalidade humana, que impedem que a razoabilidade seja aplicada (as paixões, medos, ânsias, desejos, egoísmos etc).

O contraste filosófico nos pareceu o meio mais adequado para que se pudesse chegar à profundidade que este “Princípio” merece. Durante as pesquisas realizadas nesta ciência, pudemos constatar que aquilo que se tem de melhor e mais puro do que está no direito pertence à filosofia, de modo que ousamos a afirmar que a filosofia é uma fonte indireta do direito, como, inclusive, de certa forma já afirmava Miguel Reale, ao tratar de sua teoria tridimensional do direito, que se constitui, de fato (sociologia), valor (filosofia) e norma (direito). Deste modo, podemos afirmar que aquilo que existe de essencial no direito, possui sua relação com a “causa primeira” e com o “fim último” que são os principais objetos da filosofia, eis que os seus estudos visam “às causas primeiras e ao fim último de todas as coisas”, de sorte que nos pareceu incorreto, considerar algo tão grandioso, como mero coadjuvante.

Somos obrigados a admitir que, embora original, esta é uma obra inacabada. Durante mais de um ano, juntamos todo material que nos veio à mão, sempre optando por seguir um caminho próprio, no campo filosófico, para se chegar o mais próximo possível da essência deste do direito. Esforçamo-nos por evitar a princípio de ler e deixarmos-nos influenciar pelo que já existia de pronto no campo do direito acerca do tema, sempre no intuito de se chegar ao âmago da questão, sem a fumaça dos preconceitos (leia-se “pré conceitos” – o erro ortográfico é proposital) existentes, consubstanciando-se posteriormente com o que já fora formulado pelos mestres existentes. Muito se restou a falar e as poucas páginas produzidas foram repensadas e reescritas inúmeras vezes, enquanto outras peças foram descartadas, como em um labirinto em que tínhamos de voltar e prosseguir, mas com a certeza de onde se pretende chegar, ou seja, a encontrar os elementos constitutivos do princípio da razoabilidade, e assim,

chegamos a conclusão que, embora seja este um princípio supremo, ele tem seus elementos formadores em outros subprincípios que se inter-relacionam conjuntamente; basta ver que não há razoabilidade se não houver coerência, um liame harmônico entre as premissas objeto do juízo, deve atender aos interesses dos envolvidos na questão, de forma proporcional, que se consegue com o bom senso, sempre com vistas a um fim (finalidade), o que não poderia ocorrer, se não houvesse a boa fé dos envolvidos e a legitimidade daquele que emite o juízo. No que se refere ao juízo, indicamos vários métodos que podem ser utilizados, para que os erros (muitas vezes inevitáveis) sejam mínimos. A forma Maquiavélica mitigada, torna-se assim uma poderosa ferramenta da razoabilidade, uma vez que, visando a um fim que justifique os meios, opta por um mal menor, sem o que, perde a legitimidade.

Muitos outros aspectos não foram abordados, seja pela complexidade da obra, seja porque adentraríamos em temas que não nos propomos a fazê-lo nesta monografia. Fato é, que este é apenas o início, o ponto de partida e, mesmo assim, confiamos e esperamos que tenha atingido o seu objetivo, ou seja, encontrar os elementos estruturais (ou elementos constitutivo) do princípio da razoabilidade.

13 ANEXO 1 – Pérola do meio ambiente.

Este documento - dos mais belos e profundos pronunciamentos já feitos a respeito da defesa do meio ambiente - vem sendo intensamente divulgado pela ONU (Organização das Nações Unidas).

É uma carta escrita, em 1854, pelo chefe Seattle ao presidente dos EUA, Franklin Pierce, quando este propôs comprar grande parte das terras de sua tribo, oferecendo, em contrapartida, a concessão de uma outra "reserva".

Tradução de Irina O. Bunning

"Como é que se pode comprar ou vender o céu, o calor da terra? Essa idéia nos parece estranha.

Se não possuímos o frescor do ar e o brilho da água, como é possível comprá-los?

Cada pedaço desta terra é sagrado para o meu povo. Cada ramo brilhante de um pinheiro, cada punhado de areia das praias, a penumbra na floresta densa, cada clareira e inseto a zumbir são sagrados na memória e experiência de meu povo. A seiva que percorre o corpo das árvores carrega consigo as lembranças do homem vermelho.

Os mortos do homem branco esquecem sua terra de origem quando vão caminhar entre as estrelas. Nossos mortos jamais esquecem esta bela terra, pois ela é a mãe do homem vermelho. Somos parte da terra e ela faz parte de nós. As flores perfumadas são nossas irmãs; o cervo, o cavalo, a grande águia são nossos irmãos. Os picos rochosos, os sulcos úmidos nas campinas, o calor do corpo do potro, e o homem - todos pertencem à mesma família.

Portanto, quando o Grande Chefe em Washington manda dizer que deseja comprar a nossa terra, pede muito de nós. O Grande Chefe diz que nos reservará um lugar onde possamos viver satisfeitos. Ele será nosso pai e nós seremos seus filhos. Portanto, nós vamos considerar sua oferta de comprar nossa terra. Mas isso não será fácil. Esta terra é sagrada para nós.

Essa água brilhante que escorre nos riachos e rios não é apenas água, mas o sangue de nossos antepassados. Se lhes vendermos a terra, vocês devem lembrar-se de que ela é sagrada, e devem ensinar às suas crianças que ela é sagrada e cada reflexo nas águas límpidas dos lagos fala de acontecimentos e lembranças da vida do meu povo. O murmúrio das águas é a voz de meus ancestrais.

Os rios são nossos irmãos, saciam nossa sede. Os rios carregam nossas canoas e alimentam

nossas crianças. Se lhes vendermos nossa terra, vocês devem lembrar e ensinar a seus filhos que os rios são nossos irmãos, e seus também. E, portanto, vocês devem dar aos rios a bondade que dedicariam a qualquer irmão.

Sabemos que o homem branco não compreende nossos costumes. Uma porção da terra, para ele, tem o mesmo significado que qualquer outra, pois é um forasteiro que vem à noite e extrai da terra aquilo de que necessita. A terra não é sua irmã, mas sua inimiga, e quando ele a conquista, prossegue seu caminho.

Deixa para trás os túmulos de seus antepassados e não se incomoda. Rapta da terra aquilo que seria de seus filhos e não se importa. A sepultura de seu pai e os direitos de seus filhos são esquecidos. Trata sua mãe, a terra, e seu irmão, o céu, como coisas que possam ser compradas, saqueadas, vendidas como carneiros ou enfeites coloridos. Seu apetite devorará a terra, deixando somente um deserto.

Eu não sei, nossos costumes são diferentes dos seus. A visão de suas cidades fere os olhos do homem vermelho. Talvez seja porque o homem vermelho é um selvagem e não compreenda.

Não há um lugar quieto nas cidades do homem branco. Nenhum lugar onde se possa ouvir o desabrochar de folhas na primavera ou o bater das asas de um inseto. Mas talvez seja porque eu sou um selvagem e não compreendo.

O ruído parece somente insultar os ouvidos. E o que resta da vida se um homem não pode ouvir o choro solitário de uma ave ou o debate dos sapos ao redor de uma lagoa à noite? Eu sou um homem vermelho e não compreendo.

O índio prefere o suave murmúrio do vento encrespando a face do lago, e o próprio vento, limpo por uma chuva diurna ou perfumado pelos pinheiros.

O ar é precioso para o homem vermelho, pois todas as coisas compartilham o mesmo sopro - o animal, a árvore, o homem, todos compartilham o mesmo sopro. Parece que o homem branco não sente o ar que respira. Como um homem agonizante há vários dias, é insensível ao mau cheiro.

Mas se vendermos nossa terra ao homem branco, ele deve lembrar que o ar é precioso para nós, que o ar compartilha seu espírito com toda a vida que mantém. O vento que deu a nosso avô seu primeiro inspirar também recebe seu último suspiro. Se lhe vendermos nossa terra, vocês devem mantê-la intacta e sagrada, como um lugar onde até mesmo o homem branco posa ir saborear o vento açucarado pelas flores dos prados. Portanto, vamos meditar sobre sua

oferta de comprar nossa terra. Se decidirmos aceitar, imporei uma condição: o homem branco deverá tratar os animais desta terra como seus irmãos.

Sou um selvagem e não compreendo qualquer outra forma de agir. Vi um milhar de búfalos apodrecendo na planície, abandonados pelo homem branco que os alvejou de um trem ao passar. Eu sou um selvagem e não compreendo como é que o fumegante cavalo de ferro pode ser mais importante que o búfalo, que sacrificamos somente para permanecermos vivos.

O que é o homem sem os animais? Se todos os animais se fossem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito. Pois o que ocorre com os animais, breve acontece com o homem. Há uma ligação em tudo.

Vocês devem ensinar às suas crianças que o solo a seus pés é a cinza de nossos avós. Para que respeitem a terra, digam a seus filhos que ela foi enriquecida com as vidas de nosso povo. Ensinem às suas crianças o que ensinamos às nossas, que a terra é nossa mãe. Tudo o que acontecer à terra, acontecerá aos filhos da terra. Se os homens cospem no solo, estão cuspidos em si mesmos.

Isto sabemos: a terra não pertence ao homem; o homem pertence à terra. Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo.

O que ocorrer com a terra recairá sobre os filhos da terra. O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.

Mesmo o homem branco, cujo Deus caminha e fala com ele de amigo para amigo, não pode estar isento do destino comum. É possível que sejamos irmãos, apesar de tudo. Veremos. De uma coisa estamos certos - e o homem branco poderá vir a descobrir um dia: nosso Deus é o mesmo Deus.

Vocês podem pensar que O possuem, como desejam possuir nossa terra; mas não é possível. Ele é o Deus do homem, e Sua compaixão é igual para o homem vermelho e para o homem branco. A terra lhe é preciosa, e feri-la é desprezar seu criador. Os brancos também passarão; talvez mais cedo que todas as outras tribos. Contaminem suas camas, e uma noite serão sufocados pelos próprios dejetos.

Mas quando de sua desapareção, vocês brilharão intensamente, iluminados pela força do Deus que os trouxe a esta terra e por alguma razão especial lhes deu domínio sobre a terra e sobre o homem vermelho. Esse destino é um mistério para nós, pois não compreendemos que todos os búfalos sejam exterminados, os cavalos bravios sejam todos domados, os recantos secretos da

floresta densa impregnados do cheiro de muitos homens, e a visão dos morros obstruída por fios que falam.

Onde está o arvoredos? Desapareceu. Onde está a água? Desapareceu.

É o final da vida e o início da sobrevivência.

14 **BIBLIOGRAFIA**

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, **Curso de Direito Administrativo**, 11º ed. rev e atual., São Paulo - SP, Malheiros Editores LTDA, 1999.

BECCARIA, Cesare Bonasena Marquesi di (1738 - 1794), **Dos delitos e das penas**, Tradução de Flório de Angelis, 6º reimpressão, Bauru-SP: EDIPRO, 2001, (Série clássicos).

CARNELUTTI, Francesco - **Teoria Geral do Direito** - Tradução: Antônio Carlos Ferreira - São paulos, Ledus 1999.

Carta escrita, em 1854, pelo chefe Seattle ao presidente dos EUA, Franklin Pierce, quando este propôs comprar grande parte das terras de sua tribo, oferecendo, em contrapartida, a concessão de uma outra "reserva". Tradução de Irina O. Bunning.

DESCARTES, Rene, **Discurso do Método**, Coleção Universidade de Bolso, Editora Tecprint S.A., Ediouro.

Dicionário Jurídico, Edições Trabalhistas, 5º Edição, 1987.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, volume 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1998.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, **Condições da ação, Enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro**, Coleção de Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman, vol 43, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GASPARINI, Diogenes, **Direito Administrativo**, 9º ed. rev. e atual., São Paulo - SP, Editora Saraiva, 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **Terceiro Congresso de Processo Civil e Direito Civil de Mato Grosso do Sul, realizado no dia 27 de março de 2004, às 9h - Princípio da Boa fé no novo Código Civil.**

JOLIVET, Rejus, **Curso de Filosofia**, 18º Edição, Tradução de Eduardo Prado de Mendonça, Rio de Janeiro, Agir

ROSENVALD, Dr. Nelson e Marina Alló - Monitora de Direito Civil – Supervisor.
Disponível em: <http://www.weblife.locaweb.com.br/clients/praetorium/especial_20.htm>
Acesso em 13.4.04 às 9h17min.

SAAD, Eduardo Gabriel, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 5º Edição, LTR Editora LTDA, P. 202, São Paulo,-SP, 2002

SANTOS, Ernane Fidélis dos, **Manual de Direito Processual Civil volume 1**, Processo de Conhecimento, 7º Edição, Editora Saraiva, 1999.

SANTOS, Ernani Vidélis dos, **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento**. Vol 1. 7ª Edição. Editora Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral, **Direito Processual Civil, Primeiras Linhas**, 3º Volume, 4ª Edição, São Paulo, Max Limonand.

SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999,

SIMÃO, José Fernando. **A Boa Fé e o Novo Código Civil - Parte II**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_02.htm> Acesso em 13.4.04 às 9h13min.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito civil**. 36ª edição, volume 1. Editota Forense.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A boa-fé contratual no novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>> Acesso em 13.4.04 às 9h.